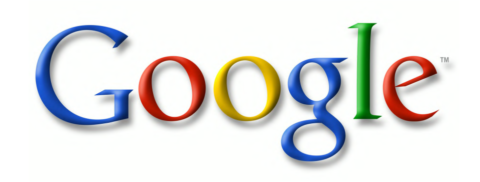
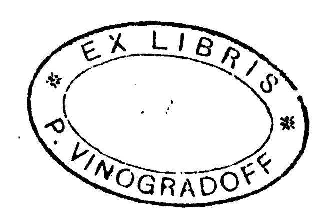





BEC UNIVERSITY
BY RADOFF 1926




EX LIBRIS
P. VINOGRADOFF

EXPLICATION

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU CODE CIVIL

VII BIS

SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Paris. — Typographie de J. Best, rue des Missions, 15

EXPLICATION

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU CODE CIVIL

CONTENANT

L'ANALYSE CRITIQUE DES AUTEURS ET DE LA JURISPRUDENCE

> La science du droit consiste autant dans la réfutation des faux principes que dans la connaissance des véritables.
> *Répertoire de* MERLIN, v° *Novation.*

TOME SEPTIÈME BIS

COMMENTAIRE-TRAITÉ

DES

SOCIÉTÉS CIVILES ET COMMERCIALES

PAR PAUL PONT

Membre de l'Institut, conseiller à la Cour de cassation

CONTINUATEUR DE V. MARCADÉ

TOME SECOND

SOCIÉTÉS COMMERCIALES

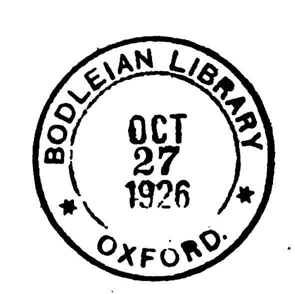
PARIS

DELAMOTTE FILS ET Cie, ÉDITEURS

ADMINISTRATEURS DU RÉPERTOIRE DE L'ENREGISTREMENT

53, QUAI DES GRANDS-AUGUSTINS, 53

1880



EXPLICATION

DU CODE CIVIL

LIVRE TROISIÈME

QUATRIÈME PARTIE



RÈGLES SPÉCIALES AUX SOCIÉTÉS DE COMMERCE.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

I. 801. Insuffisance des sociétés civiles pour réaliser le but que le commerce se propose. — 802. Transition à la réglementation des sociétés de commerce. — 803. Sources de cette réglementation.

II. 804. Des usages : ils sont un élément notable dans la formation de la législation commerciale. — 805. En thèse générale, ils suppléent à la loi dans le silence des parties. — 806. En matière commerciale, ils dérogent à la loi civile, — 807. Mais non à la loi spéciale au commerce. — 808. En tous cas, l'autorité de l'usage est subordonnée à la preuve de son existence. — 809. Par qui et comment l'existence en doit être prouvée.

III. 810. De la loi commerciale : elle reconnaît trois espèces de sociétés de commerce, les sociétés en nom collectif, en commandite et anonyme. — 811. Quoique empruntées à l'ancienne jurisprudence, ces dénominations n'ont pas toutes aujourd'hui leur signification d'autrefois. — 812. Pourquoi elles ont été conservées. — 813. Chacune de ces trois espèces de société a ses effets propres ; — 814. Mais elles ont aussi un caractère commun : elles constituent une personne juridique distincte de la personne des associés. — 815. C'est par l'établissement de ces règles spéciales que le droit commercial supplée à l'insuffisance des règles du droit civil en matière de société. — 816. Cependant le droit commercial ne fait pas obstacle à ce que des sociétés commerciales se modèlent sur les sociétés civiles : des associations en participation. Renvoi. — 817. Division de la matière.

I. — 801. Les sociétés, telles qu'elles sont organisées par les dispositions déjà commentées du Code civil (art. 1832 à 1873), offrent certainement un moyen sérieux d'arriver à la réalisation de bénéfices. Elles supposent une agglomération de capitaux dont les forces productrices sont, non pas seulement additionnées, mais multipliées en quelque sorte par leur réunion même. A ce point de vue, on doit considérer ces sociétés comme une conception économique réellement conforme aux

données de la science. Mais un examen attentif amène bientôt à reconnaître que leur action ne saurait que très-difficilement s'étendre au delà de certaines limites. Les grandes entreprises ne sont pas généralement de leur domaine. Il faut, pour les réaliser, le temps, qui permet de suivre et de mener à bien les opérations commencées, et un crédit considérable qui ne s'acquiert que par l'accumulation des responsabilités ou la concentration aux mains d'une personne de puissants moyens d'action. Or ces éléments ne se trouvent qu'à un degré tout à fait insuffisant dans les sociétés civiles. Elles n'ont pas un crédit personnel, ou ce qu'on peut appeler un crédit social; car, à moins qu'elles ne prennent la forme des sociétés de commerce, elles sont privées de personnalité morale (*suprà,* nos 124 et suiv.), et, sauf le cas où l'un des associés aurait mandat de tous les autres, chacun d'eux obtient seulement, dans ses relations avec les tiers, le degré de confiance qu'il peut inspirer individuellement. — Ensuite, leur capital social est nécessairement restreint, car les gros capitaux supposent, en général, les apports d'un grand nombre de personnes, ce qui n'est pas le cas pour les sociétés civiles, qui, fondées sur la confiance réciproque, sont habituellement et par cela même formées entre un petit nombre d'associés. — Enfin, elles ne peuvent pas se promettre de durer, puisque une simple modification dans le personnel peut devenir une cause de dissolution de la société.

802. Le droit commercial, qui avait à satisfaire à des besoins étendus autant que variés, ne pouvait s'accommoder de telles entraves : aussi, sous son influence, l'association, c'est-à-dire l'un des moyens d'action les plus puissants que le commerce eût à sa disposition, a-t-elle été soumise à une réglementation toute spéciale, grâce à laquelle elle a pu prendre les plus larges développements. C'est de cette réglementation que, après avoir traité des Sociétés civiles dans les trois premières parties de ce commentaire, nous avons à nous occuper dans la quatrième et dernière partie.

803. Les sources de cette réglementation sont multiples : le législateur lui-même a pris le soin de les indiquer. D'une part, l'art. 1873 du Code civil, le dernier du titre relatif au contrat de société, exprime que « les dispositions de ce code ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et aux usages du commerce. » D'une autre part, l'art. 18 du Code de commerce, le premier du titre consacré aux sociétés commerciales, annonce, en reproduisant la même pensée, que « le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce, et par les conventions des parties. » Ainsi, les sociétés formées en vue de faire un commerce quelconque sont régies à la fois par le droit commun, c'est-à-dire par la loi civile, et par un droit particulier et spécial, c'est-à-dire par la loi commerciale, laquelle comprend les usages du commerce aussi bien que la loi écrite.

Nous avons exposé les règles du droit commun. Il faut voir maintenant dans quelle mesure ces règles sont applicables aux sociétés commerciales, ou, en d'autres termes, en quoi le droit particulier à ces so-

ciétés modifie le droit commun, ce qu'il y ajoute, ce qu'il en retranche. Mais, avant tout, il importe de se fixer sur les éléments mêmes de ce droit particulier.

II. — 804. Il comprend, avons-nous dit, les usages du commerce aussi bien que la loi écrite. Que les usages doivent servir au règlement des sociétés commerciales, cela ne saurait être mis en doute, en présence de l'art. 1873 du Code civil, qui s'en explique de la manière la plus formelle. C'est qu'en effet, l'usage, en matière commerciale, a eu une importance considérable au point de vue historique de la formation de la loi. La législation commerciale, a dit M. Bédarride, s'est formée pas à pas, « et chacune de ses dispositions, conquête d'une pratique plus ou moins longue, régissait de fait le commerce avant de régir le droit... Sitôt qu'un usage surgissait, la controverse doctrinale, qui ne manquait pas de l'accueillir, servait en quelque sorte de phare éclairant la pratique et en écartant les écueils et les dangers. » (1) Il est naturel que l'usage, élément notable dans la formation de la loi commerciale, conserve incessamment de l'autorité sous l'empire et à côté de cette législation. Mais quelle est la nature de cette autorité, et quelle en est la mesure?

805. A un point de vue général, on peut dire que l'usage établi a cet effet important de faire présumer la volonté commune des parties lorsque, sur un point éclairé par une pratique accoutumée et constante, elles ont volontairement gardé le silence ou ont négligé de s'expliquer. Les parties sont censées avoir voulu ce qui d'ordinaire est pratiqué en pareille circonstance. C'est là, en thèse générale, la puissance de l'usage : il vaut, non en vertu de ce titre d'usage, mais comme convention tacite résultant d'une présomption de la volonté des contractants.

806. En matière commerciale, il faut aller plus loin. Non-seulement l'usage constant vient suppléer à la loi particulière du commerce, mais encore il déroge à la loi civile, il l'emporte sur le droit commun. Il y en a des exemples en grand nombre; les auteurs en ont relevé plusieurs (2), auxquels beaucoup d'autres pourraient être ajoutés. On peut induire de tous, comme doctrine certaine, que, dans les difficultés fréquemment soulevées par la pratique du commerce, il faut consulter l'usage, et même le suivre, à l'exclusion des dispositions de la loi civile dans les points où il est contraire à ces dispositions. C'est, d'ailleurs, l'application littérale de l'art. 1873 du Code civil.

807. Mais nous n'irons pas jusqu'à dire, avec M. Bédarride, que l'usage commercial déroge même à la loi spéciale au commerce (3). A notre avis, l'usage resterait sans force ni autorité sur les points que la loi commerciale a tranchés. S'il prévaut sur les dispositions même les plus formelles de la loi civile, c'est en vertu de cette loi elle-même qui, suivant la déclaration expresse de l'art. 1873 du Code civil, a voulu s'effacer devant lui. Mais il ne saurait avoir aucune autorité contre la loi

(1) M. Bédarride (*Soc.*, t. I, n° 71).
(2) Voy. notamment M. Bédarride (*op. cit.*, n° 77).
(3) *Id.* (*op. cit.*, n° 78).

spéciale, à laquelle sa prééminence doit être rigoureusement conservée. Aussi, toutes les fois que la loi commerciale sera précise, quand les prescriptions en seront tellement nettes qu'il n'y aura pas de place pour le doute, on allèguera vainement un usage contraire. Quelque constant qu'il soit ou qu'il paraisse, cet usage prétendu devra être repoussé comme une pratique vicieuse : toute décision qui l'accepterait et le ferait prévaloir au mépris des dispositions de la loi écrite encourrait assurément la censure de la Cour de cassation.

808. Dans la mesure, d'ailleurs bien large, que nous avons indiquée, l'usage est tout-puissant. Seulement, l'autorité en est subordonnée à certaines conditions. Il faut que la pratique alléguée soit générale dans la localité et que l'existence en soit certaine et prouvée. Il est évident que si tel fait s'est produit accidentellement, même à diverses reprises, dans les agissements d'un ou de plusieurs négociants, sans avoir été accueilli dans la pratique des autres, ce fait ne pourra pas être présenté comme constitutif d'un usage. Ce qui constitue l'usage, c'est la fréquence des actes, l'habitude de les accomplir prise par la généralité des commerçants d'une localité, la persistance de la pratique pendant une période de temps assez prolongée. Il est évident aussi que la simple allégation, sans preuve, ne saurait suffire à faire reconnaître l'existence de l'usage : cela n'a pas à être démontré. La seule question qui puisse s'élever est de savoir comment et par qui l'usage prétendu doit être prouvé.

809. Encore même n'y a-t-il aucune incertitude sur le dernier de ces points. La charge de la preuve incombe incontestablement à la partie qui, soit par action, soit par exception, se prévaut de l'usage. Mais comment fera-t-elle cette preuve? Sous l'ancienne jurisprudence, on était admis à produire, à titre de preuve, des actes de notoriété délivrés par les corps judiciaires, auxquels on demandait d'attester les pratiques suivies dans leur ressort. Il n'en saurait plus être ainsi aujourd'hui. Nos tribunaux sont institués pour rendre des décisions judiciaires, nullement pour fournir des actes de notoriété. Les parties devront donc, en cas de contestation sur l'existence de l'usage, s'aider, pour l'établir, de l'opinion des chambres de commerce, de l'avis des principaux négociants, etc. Elles pourront même, si elles ne craignent pas de subir les lenteurs d'une enquête, faire appel à la preuve testimoniale. Quant aux tribunaux, elles en invoqueraient vainement le témoignage, au moins sous cette forme de l'acte de notoriété. C'est dire que, pas plus en ce point qu'en aucun autre, il ne saurait être question d'exclure les précédents de la jurisprudence. Il est clair, en effet, que si, dans un débat intervenu entre commerçants, un tribunal a été amené à reconnaître et à constater l'existence d'un usage, d'autres commerçants pourront plus tard, si le même usage est contesté, s'emparer de la décision intervenue et l'opposer, sinon comme constituant la chose jugée, au moins comme susceptible d'avoir, sur ce point particulier de l'existence de l'usage, une incontestable et très-sérieuse autorité.

III. — 810. Après ces observations touchant les usages du com-

merce, arrivons à la loi écrite. Elle a été formulée dans un titre spécial du Code de commerce, le titre trois du livre premier (art. 18 à 64). Depuis le 1er janvier 1808, date de la mise à exécution de ce code (1), diverses lois ont fait successivement, dans ce titre, des remaniements nombreux et considérables. Pour ne parler que des plus notables, nous citerons : les deux lois des 17-23 juillet 1856, dont l'une a réglementé les sociétés en commandite par actions, mentionnées seulement dans le Code de commerce (art. 38), et dont l'autre a abrogé les dispositions de ce code relatives aux contestations entre associés et à la manière de les décider (art. 51 à 63); la loi des 23-29 mai 1863, qui a introduit dans les sociétés anonymes et réglementé *les sociétés à responsabilité limitée;* enfin, et surtout, la loi du 24-29 juillet 1867, qui, abrogeant, mais pour l'avenir seulement, la première des deux lois précitées de 1856, celle de 1863 et diverses dispositions du Code de commerce, notamment les dispositions concernant la publication des actes de société (art. 42 à 46), a statué, en soixante-sept articles, sur les sociétés en commandite par actions, sur les sociétés anonymes, sur les sociétés coopératives ou à capital variable, sur la publication des actes de société, sur les tontines et les sociétés d'assurance. Cependant, ces remaniements n'en ont pas moins laissé debout les classifications établies par le Code de commerce de 1808. Et l'on peut toujours dire, avec *l'art. 19* de ce code, que « la loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales : la société en nom collectif; la société en commandite; la société anonyme ».

811. Cet article a emprunté à l'ancienne jurisprudence la dénomination des trois espèces de société qu'il déclare reconnaître (2). Il faut bien le dire, cependant : le droit ancien et le droit moderne ne marchent d'accord que quant aux dénominations; au fond, la conformité n'est pas complète. Si la société en nom collectif et la société en commandite simple sont gouvernées aujourd'hui par les principes généraux auxquels elles étaient soumises autrefois, et si, dans leur organisation respective, elles présentent, aux deux époques, les mêmes traits essentiels, il en est autrement de la société anonyme. Sous cette dénomination, l'ancienne pratique désignait l'association en participation, dont nous aurons à parler bientôt. Et pas un de nos anciens jurisconsultes n'aurait deviné, sous cette appellation, la société puissante et durable qui constitue la société anonyme telle que les progrès de l'esprit industriel l'ont faite de nos jours.

812. Toujours est-il que la loi moderne a emprunté ses qualifications à l'ancienne, en les appliquant, en partie au moins, à des faits spéciaux qu'elles ne caractérisaient pas autrefois. C'est pour cela sans doute que, trouvant équivoques les dénominations proposées, un conseiller d'État voulait, lors de la discussion du Code de commerce, en substituer d'autres mieux appropriées aux choses et susceptibles de faire

---

(1) Voy. loi du 15 sept. 1807.
(2) Voy. Pothier (*Contr. de soc.*, n° 56).

mieux connaître le principe fondamental et les effets propres de chacune des trois espèces de sociétés. Dans cette vue, il proposait de dire que la loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales : la société *solidaire;* la société *mixte;* la société *sans nom* (1). Mais le Conseil pensa qu'au point de vue de la notion exacte et complète du contrat, il n'y aurait aucun avantage à changer les dénominations connues, de tous temps usitées, et que par ce motif il était bon et utile de conserver. La proposition resta donc sans suite.

813. Si nous l'avons rappelée, c'est parce qu'elle nous amène tout naturellement à préciser, dès le début même de notre étude, le trait caractéristique de chacune des trois espèces de sociétés. C'est en effet par la mesure de la responsabilité ou par l'application du principe que les sociétés collective, en commandite ou anonyme se distinguent les unes des autres.

En thèse générale, quiconque est obligé répond sur tous ses biens de l'exécution de ses engagements (C. civ., art. 2092); et quand il y a plusieurs obligés, chacun ne répond que de sa part, à moins que la solidarité n'ait été expressément stipulée (art. 1202). Tel est le droit commun. Il régit les sociétés civiles, comme nous l'avons établi plus haut (2). Mais il en est autrement en ce qui concerne les trois espèces de sociétés commerciales dont nous venons de parler; et c'est l'un des points sur lesquels il est dérogé à la loi civile par les lois du commerce. Toute personne engagée dans les liens d'une société commerciale est tenue de l'accomplissement de ses obligations plus étroitement ou moins étroitement. Ou elle est responsable *personnellement*, par conséquent sur tous ses biens, et alors elle est responsable non-seulement pour sa part, mais encore pour celle de ses coassociés, c'est-à-dire pour le tout et solidairement, quoique la solidarité n'ait pas été stipulée; ou elle n'est pas responsable personnellement, et dans ce cas les créanciers de la société ont pour garantie des choses déterminées, par exemple telle somme, tels objets, la mise sociale, etc. Dans la première hypothèse, la responsabilité est *personnelle et solidaire;* dans la seconde, elle est simplement *réelle.* Telles sont les deux formes dans lesquelles on conçoit l'obligation de tout membre de l'une des trois espèces de société. Et c'est la combinaison de ces deux genres de responsabilité qui donne pour résultat les divers ordres de sociétés commerciales énumérées dans l'art. 19 du Code de commerce.

Si tous les associés sont tenus personnellement et, ajouterons-nous, solidairement, ils forment la société dite en nom collectif. S'ils ne sont tenus que réellement, c'est-à-dire sur leur apport, ils forment la société dite anonyme. Si, parmi les associés, les uns sont obligés personnellement et les autres réellement, ils forment la société mixte dite en commandite. La première de ces sociétés, on l'a dit justement, est

---

(1) Proposition de M. Louis au conseil d'État (Locré, t. XVII, p. 186).
(2) Voy. notre commentaire des art. 1862 et suiv. (*suprà*, nos 630 et suiv.).

une société de personnes et exclusivement de personnes; la seconde est une société de choses ou de capitaux et exclusivement de choses ou de capitaux; la dernière, mélange des deux modes de responsabilité, est une société tout à la fois de personnes et de capitaux (1).

814. Ajoutons que si, dans leur organisation et dans leurs effets, les sociétés commerciales énumérées dans l'art. 19 du Code de commerce présentent ainsi des traits caractéristiques qui les font distinguer les unes des autres, elles ont aussi, d'un autre côté, un caractère commun. Chacune d'elles est mise en mesure par la loi de centraliser *tous* ses moyens d'action et de se constituer un patrimoine distinct qui répond de ses engagements. C'est qu'en effet, différentes en cela des sociétés civiles (*suprà*, n° 125), les sociétés commerciales se personnifient dans un être de raison. A la faveur de cette fiction, toute société commerciale, qu'elle soit collective, anonyme ou en commandite, constitue une personne juridique distincte de la personne des associés, personne juridique dont la formation doit être rendue publique par des écrits équivalant à de véritables actes de naissance, et dont, pour compléter l'analogie, la fin doit, en général, se manifester par d'autres publications ou d'autres écrits qu'on peut assimiler à des actes de décès.

815. Telle est, dans ses traits les plus saillants, l'œuvre de la loi *commerciale* en matière de société. C'est par ces combinaisons que *cette loi* a abaissé les barrières, opposées en bien des cas par le droit civil, au complet développement de l'activité humaine, et a laissé le champ libre à ces conceptions grandioses qui sont parvenues, et dans un espace de temps relativement restreint, à transformer complétement la vie matérielle des peuples.

816. Il ne faut pas croire cependant que le droit commercial résiste à ce que des sociétés de commerce se modèlent sur les sociétés civiles. Il se borne à indiquer des combinaisons qu'il propose à l'acceptation des intéressés, les laissant libres, d'ailleurs, de se soumettre, s'ils l'aiment mieux, à l'application des règles du droit civil. Tel est, en effet, le régime des associations en participation, que le Code de commerce lui-même déclare reconnaître indépendamment des trois espèces de sociétés énumérées dans l'art. 19 (C. comm., art. 47). Ces associations, essentiellement différentes de ces dernières sociétés, sont de vraies sociétés de commerce, sous la forme et dans les conditions des sociétes civiles. Car, à l'instar des sociétés organisées et régies par le Code civil, elles ne comportent ni la publicité nécessaire, essentielle même pour la constitution des sociétés de commerce, anonyme, collective ou en commandite, ni la fiction de l'être moral par lequel ces dernières sociétés sont personnifiées.

Sans insister sur ces points que nous aurons à développer plus tard et qu'il suffit, quant à présent, d'indiquer, nous terminons ici nos ob-

(1) Voy. MM. Molinier (*Droit comm.*, n°s 251 et 252); Bravard et Demangeat (*Soc.*, p. 38).

servations préliminaires, et nous passons à l'étude de la loi sur les sociétés de commerce.

817. Nous abandonnons la forme du commentaire pour cette dernière partie de notre sujet. Si nous l'avons suivie dans les parties qui précèdent, c'est-à-dire pour l'explication du titre du Code sur les sociétés civiles, ce n'est assurément pas par goût pour l'exégèse; c'est parce que, continuant l'œuvre de Marcadé, nous avons cru devoir nous astreindre à la forme qu'il avait adoptée. Quoi qu'il en soit, l'application de cette même méthode à l'étude des sociétés commerciales serait sinon impossible, au moins bien difficile, et en tous cas conduirait à des complications et à d'inutiles redites, en présence des lois nouvelles et si importantes qui, à des dates diverses, ont rompu la série des dispositions du Code de commerce sur ce grave sujet, et, en bien des points, se sont mises à la place de ces dispositions. C'est pourquoi nous substituons la synthèse à la méthode exégétique, espérant qu'en réunissant les éléments ou les textes maintenant disséminés de la législation qui régit les sociétés de commerce, et en les combinant entre eux dans un ordre logique, nous arriverons à exposer avec plus de clarté l'une des matières les plus complexes du droit commercial. Nous maintiendrons d'ailleurs la division générale du titre du Code civil, parce que c'est la division indiquée par la nature même des choses. Toute société, en effet, qu'elle soit commerciale ou civile, a ses trois phases nécessaires : elle naît ou se constitue; elle vit et fonctionne quand elle est constituée; elle meurt ou se dissout quand, par telle ou telle cause, elle vient à être arrêtée dans son action. Le Code civil a disposé, suivant cet ordre de faits, les règles relatives aux sociétés civiles. C'est dans cet ordre aussi que nous allons traiter des sociétés de commerce. Nos explications sont dès lors divisées en trois titres dans lesquels nous nous occupons successivement :

1° De la constitution des sociétés commerciales ou de leur formation et de la preuve de leur existence;

2° De l'organisation, du fonctionnement et du mode d'action ou de la gestion des diverses espèces de sociétés de commerce reconnues par la loi;

3° Enfin, de la dissolution des sociétés et des suites de la dissolution, c'est-à-dire de la liquidation et du partage.

TITRE PREMIER

DE LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES ET DE LA PREUVE DE LEUR EXISTENCE.

SOMMAIRE.

I. 818. En quoi la société commerciale se distingue de la société civile : leur caractère civil ou commercial est déterminé non par la forme de la société, mais par la nature de ses opérations. Renvoi. — 819. La société commerciale diffère en-

ciale de la société civile en ce que le contrat n'est pas purement consensuel. — 820. Aperçu général des conditions nécessaires à la constitution des sociétés commerciales. Division.

818. La société commerciale se distingue de la société civile par son objet même ou par son but. Nous avons montré déjà que le caractère civil ou commercial d'une société est déterminé par la nature des opérations de cette société, et par suite que, même lorsqu'elle revêt l'une des formes des sociétés de commerce, la société n'en reste pas moins société civile si elle n'a pas été fondée par les associés dans le but d'exercer en commun un commerce quelconque. Nous avons donné sur ce point spécialement des explications auxquelles nous ne pouvons que nous référer (1).

819. Mais lorsque la société, commerciale ou civile, revêt l'une des formes des sociétés de commerce, elle se distingue par un autre point de la société purement civile en la forme et au fond. Le contrat qui en résulte ne peut plus être caractérisé de la même manière. Il est bien *commutatif*, sinon dans les conditions précisées par l'art. 1104 du Code civil, au moins en ce sens que chacune des parties apporte quelque chose en échange ou en considération de ce qu'apportent les autres parties (*suprà*, n° 12) ; il est, de même, *synallagmatique*, car, en général, il produit des engagements réciproques entre les contractants. Mais il n'est pas purement *consensuel* : à la différence de la société civile en la forme et au fond, laquelle s'établit et devient parfaite par le seul consentement des parties (*suprà*, n° 7), la société de commerce, en tant que personne juridique distincte de la personne des associés, est soumise, pour sa formation et son existence, à des conditions nombreuses, entre lesquelles la rédaction d'un écrit figure au premier rang.

820. Indiquons dès l'abord, par aperçu général, ces conditions dont l'étude doit faire l'objet exclusif de ce premier titre. Elles sont de nature diverse : les unes sont intrinsèques, les autres extrinsèques.

Ces dernières tiennent au caractère même des associations commerciales, de celles du moins que le législateur a énumérées dans l'art. 19 du Code de commerce. Les parties qui s'associent entre elles, soit en nom collectif, soit en commandite, soit sous la forme anonyme, font autre chose que régler les rapports respectifs que va créer la convention intervenue entre elles. Elles donnent naissance, nous l'avons indiqué déjà, à un être moral, à une personne juridique, qui, désormais, aura un patrimoine distinct, qui traitera en son nom avec les tiers, qui pourra ester en justice. Il est donc nécessaire que l'avénement de cet être moral à la vie civile soit constaté, et, de plus, que le fait soit porté à la connaissance du public intéressé à le connaître. De là cette première catégorie de conditions que nous qualifions *extrinsè-*

---

(1) *Suprà*, n°s 104 et suiv., et n° 121. *Junge* aux autorités citées : Grenoble, 19 mars 1870, et Rej., 18 déc. 1871 (S.-V., 71, 2, 35 ; 1, 196 ; *J. Pal.*, 1871, 114 et 608 ; Dall., 72, 1, 9) ; — Cass., 21 juill. 1873 (S.-V., 73, 1, 456 ; *J. Pal.*, 1873, 1159) ; — Cass., 26 févr. 1872 (S.-V., 72, 1, 175 ; Dall., 72, 1, 10 ; *J. Pal.*, 1872, 406).

ques; elles consistent : 1° dans la rédaction d'un écrit constatant la formation de la société et nécessaire à sa constitution même; 2° dans un ensemble de mesures destinées à assurer la conservation de l'écrit et à faire connaître l'existence de la société, dans l'intérêt des tiers qui auraient à traiter avec elle. En outre, à ces deux conditions de forme, communes à toutes les sociétés commerciales personnifiées dans un être de raison, la loi en ajoute une troisième de même nature, qui, spéciale pour celles de ces sociétés qui sont susceptibles de se constituer par actions, correspond à des conditions de fond nécessaires pour la constitution de ces mêmes sociétés : les art. 1er, nos 3 et 4, et 24, n° 2 de la loi du 24 juillet 1867, exigent une déclaration notariée par le gérant ou par les fondateurs, avec annexion de la liste des souscripteurs et de l'état des versements effectués.

Les conditions de fond ou intrinsèques sont plus nombreuses, et de même que les précédentes, elles sont, ou générales et communes à toutes les sociétés, ou spéciales et propres aux unes ou aux autres seulement.

Ainsi et d'abord, toute société commerciale est naturellement soumise, comme procédant d'une convention, au principe de l'art. 1108 du Code civil, d'après lequel quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige; la capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation. Ensuite, la convention se résume en un contrat de société. Il y faut donc en outre la réunion des conditions propres à ce contrat, à savoir : la mise en commun des apports, et le droit pour chacun des associés à une part dans les bénéfices, sauf sa participation aux pertes. Telles sont les conditions intrinsèques générales ou communes à toutes les sociétés.

Quant aux conditions intrinsèques spéciales, elles varient et sont corrélatives à la distinction établie entre les sociétés de commerce, lesquelles sont, comme nous l'avons dit plus haut, ou sociétés de personnes ou sociétés de capitaux.

Ainsi, pour la société collective, société essentiellement de personnes qui est régie ou fait le commerce sous un nom social (C. comm., art. 20), l'établissement ou l'indication d'une raison sociale est une condition de sa constitution. Il en faut dire autant de la commandite (C. comm., art. 23) qui, relativement aux associés commandités surtout, est aussi une société de personnes.

Pour les sociétés anonyme et en commandite par actions, sociétés de capitaux relativement aux actionnaires, et par cela même exclusives de la responsabilité personnelle de ces derniers, leur constitution est subordonnée à l'accomplissement de mesures spéciales prescrites pour la garantie des tiers. La loi exige : 1° la souscription en totalité du capital social; 2° le versement par chaque actionnaire du quart au moins du montant des actions par lui souscrites; 3° l'approbation, par l'assemblée générale des actionnaires, des apports en nature et des avantages particuliers; 4° la nomination d'un conseil de surveil-

lance ou l'acceptation des fonctions d'administrateur et de commissaire, suivant qu'il s'agit d'une société en commandite ou d'une société anonyme. Ce sont les conditions spéciales intrinsèques auxquelles la loi du 24 juillet 1867 a subordonné la constitution définitive des sociétés anonyme et en commandite par actions, et jusqu'à l'accomplissement desquelles elle a interdit à ces sociétés, sous des peines sévères, de commencer leurs opérations. Nous y ajouterons l'autorisation du gouvernement qui, jusqu'à cette même loi, était nécessaire pour la constitution des sociétés anonymes. A la vérité, ces sociétés sont désormais affranchies de la tutelle administrative; mais la nécessité de l'autorisation subsiste encore pour quelques sociétés, et, en certaines hypothèses, pour la transformation des sociétés anciennes.

Telles sont dans leur ensemble les conditions requises par la loi pour la constitution des diverses sociétés commerciales. Nous allons les reprendre une à une, en nous occupant distinctement des conditions intrinsèques et des conditions extrinsèques; nous traiterons en outre, dans un dernier chapitre, des sanctions par lesquelles le législateur a entendu assurer l'accomplissement des conditions imposées.

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS INTRINSÈQUES NÉCESSAIRES POUR LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS DE COMMERCE.

821. Ces conditions, nous venons de l'indiquer, sont ou générales et requises pour la constitution de toute société commerciale, ou spéciales et particulières à telle ou telle société seulement. Ce chapitre se subdivise donc en deux sections.

SECTION PREMIÈRE

CONDITIONS INTRINSÈQUES COMMUNES A TOUTES LES SOCIÉTÉS.

SOMMAIRE.

I. 822. Les quatre conditions déclarées essentielles par l'art. 1108 du Code civil, pour la validité des conventions en général, sont requises pour la validité des sociétés commerciales : renvoi. Toutefois, il y a quelques particularités à noter.

II. 823. *De la capacité.* En règle générale, sinon absolue, la capacité existe ou n'existe pas suivant que la personne qui s'associe commercialement est ou n'est pas capable de faire le commerce. — 824. Application de la règle au prodigue pourvu d'un conseil judiciaire. — 825. Exception en ce qui concerne le mineur émancipé. Quoique autorisé à faire le commerce, conformément à l'art. 2 du Code de commerce, celui-ci ne peut pas, sans une autorisation spéciale, contracter une société commerciale. — 826. Autre exception en ce qui concerne la femme mariée, marchande publique. — 827. Mais l'autorisation spéciale peut être tacite, et elle résulte du fait que l'association a été contractée avec la personne qui a pouvoir d'autoriser le mineur ou la femme à faire le commerce; — 828. A moins toutefois qu'en ce cas, la société soit contractée dans l'intérêt exclusif de la personne de qui l'autorisation émane.

III. 829. Transition aux conditions ou aux éléments propres au contrat de société : il suppose un apport de chacun des associés et l'intention de partager les bénéfices ou le profit commun; renvoi. — 830. De la durée; elle ne constitue pas un élément essentiel du contrat; conséquences.

I. — 822. Par cela même qu'il procède d'une convention entre les parties, le contrat de société doit réunir les quatre conditions que l'art. 1108 du Code civil déclare essentielles pour la validité des conventions en général. Sous ce rapport, les sociétés commerciales ne diffèrent pas des sociétés civiles; et après les observations que nous avons présentées touchant le consentement, la capacité, l'objet certain et la cause licite, en traitant de ces dernières sociétés (*suprà*, n[os] 15 et suiv.), nous n'y reviendrions pas ici, si quelques points de détail n'avaient été réservés, notamment sur la capacité (voy. n° 25).

II. — 823. En matière de société commerciale, la capacité de former le contrat et la capacité de faire le commerce sont corrélatives. La règle n'est pas absolue, car, nous l'allons voir tout à l'heure, elle comporte quelques exceptions; elle est du moins générale; et l'on peut dire que ceux-là sont capables de contracter une société commerciale, qui sont capables de faire le commerce, et à l'inverse, que ceux à qui le commerce est interdit ne sont pas capables de s'associer commercialement. Ainsi, l'association commerciale est permise à tout Français majeur ayant l'exercice de ses droits, puisque tout Français majeur et capable est incontestablement habile à faire le commerce; elle est permise également aux étrangers même non domiciliés, car le commerce est de droit naturel, et les étrangers sont admis à le faire en France sans condition de domicile ni de réciprocité, sauf, bien entendu, les obligations et les conséquences inhérentes à la qualité de commerçant, et dont les étrangers sont tenus en France tout comme les commerçants français. Au contraire, l'association n'est pas permise à l'interdit, puisque, frappé d'une incapacité absolue de s'engager, l'interdit ne peut pas faire le commerce, ni même y être autorisé. Ces applications de la règle ne sauraient souffrir aucune difficulté.

824. C'est encore d'après la même règle que nous résoudrons la question de capacité relativement aux personnes pourvues d'un conseil judiciaire. Le prodigue, on le sait, n'est pas absolument incapable; mais sa capacité est notablement restreinte, puisqu'il peut lui être défendu de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner ni de grever ses biens d'hypothèques sans l'assistance du conseil qui lui est donné par la justice. Il suit de là évidemment qu'il ne pourrait pas faire le commerce, car la continuité des actes est exclusive de l'assistance continue qu'exigerait le commerce fait dans ses conditions constitutives (1). Et il en résulte de même que le prodigue ne pourrait pas être autorisé, par son conseil judiciaire, à faire le commerce; car ce conseil, s'il peut, par son assistance, habiliter le prodigue à faire les actes isolés que celui-ci ne serait pas capable de faire seul et par lui-même, ne peut du moins « ni explicitement ni même implicitement lui restituer, par une autorisation générale, la capacité de contracter seul et de s'engager dans un ensemble

(1) Voy. M. Massé (*Droit comm.*, 3[e] édit., n° 1101).

d'actes de commerce successifs (1). » Cela étant, nous concluons que le prodigue est incapable de s'engager dans les liens d'une société de commerce, et qu'il ne pourrait même pas être relevé de cette incapacité par l'assistance de son conseil judiciaire. La Cour de Paris s'était prononcée cependant en sens contraire, et cela dans une espèce où la société contractée par le prodigue assisté de son conseil était en nom collectif. « Aucune disposition de loi, avait-elle dit, ne fait obstacle à ce qu'une personne placée sous la protection d'un conseil judiciaire puisse, avec l'assistance de ce conseil, contracter une société de commerce de quelque nature qu'elle soit (2). » Toutefois, cette décision, d'ailleurs peu motivée, n'a pu se défendre devant la Cour de cassation; elle a été annulée (3) par ces motifs décisifs que le prodigue « peut faire, il est vrai, avec l'assistance à lui donnée par le conseil judiciaire en connaissance de cause, chacun des actes pour lesquels, par lui-même et à lui seul, il aurait été incapable; mais qu'il ne peut appartenir au conseil de lui conférer la capacité de contracter, en vertu d'une autorisation générale, préalable et indéterminée, des engagements indéfinis; que laisser au conseil judiciaire une telle faculté, ce serait investir ce conseil du pouvoir de lever une incapacité déclarée par la justice et qu'une déclaration de justice peut seule faire cesser; enfin qu'aux termes de l'art. 22 du Code de commerce, les associés en *nom collectif* sont solidaires pour tous les engagements de la société qui seront contractés sous la raison sociale, et qu'il n'appartient pas au conseil judiciaire d'autoriser indéfiniment et à l'avance des engagements aussi étendus. » Il est donc vrai de dire qu'une société commerciale, collective ou autre, formée avec un prodigue non assisté ou assisté de son conseil judiciaire, est, à raison de l'incapacité du prodigue, affectée d'un vice susceptible de la faire annuler. Seulement, il convient d'ajouter que la nullité, comme en général les nullités résultant de l'incapacité (*suprà*, n° 27), est purement relative, en ce sens que si elle peut être invoquée par le prodigue, elle ne pourrait pas être invoquée contre lui par les autres associés (4).

823. Mais peut-on résoudre la question de capacité d'après la même règle relativement soit au mineur, soit à la femme mariée? Ce sont là des points controversés.

Quant au mineur, il est absolument incapable en principe; mais il acquiert une certaine capacité par l'effet de l'émancipation. Spécialement, la faculté de faire le commerce est reconnue par la loi elle-même en faveur du mineur émancipé (C. civ., art. 487); et dès qu'il est âgé de dix-huit ans accomplis, il peut profiter de cette faculté en se conformant à l'art. 2 du Code de commerce, et notamment en obte-

(1) Ce sont les termes d'un arrêt de la Cour d'Angers du 10 févr. 1865 (S.-V., 65, 2, 163; *J. Pal.*, 1865, p. 719; Dall., 65, 2, 63). Voy. aussi MM. Demolombe (t. VIII, n° 761); Molinier (p. 120); Alauzet (n° 38).

(2) Paris, 12 août 1848 (*J. Pal.*, 1848, t. II, p. 516; S.-V., 48, 2, 608).

(3) Cass., 3 déc. 1850 (S.-V., 50, 1, 777; *J. Pal.*, 1851, t. II, p. 638; Dall., 51, 1, 42); et, sur le renvoi, Orléans, 9 août 1851 (*J. Pal.*, 1851, t. I, p. 639).

(4) Voy. Lyon, 29 mai 1872 (S.-V., 72, 2, 96; *J. Pal.*, 1872, p. 470; Dall., 73, 2, 9).

nant au préalable l'autorisation de faire le commerce, soit de son père ou de sa mère en cas de décès, d'interdiction ou l'absence de ce dernier, soit, à défaut du père et de la mère, du conseil de famille par délibération soumise à l'homologation du tribunal. Pourvu de cette autorisation, le mineur émancipé est pleinement capable relativement à son commerce, si bien que la loi elle-même déclare qu'il est réputé majeur pour tous les actes et les engagements qui s'y rapportent. D'après cela, on serait porté à conclure que le mineur émancipé autorisé à faire le commerce est par cela même et par cela seul capable, aussi bien que s'il était majeur, de contracter une société commerciale. C'est, du reste, l'induction que nous trouvons dans un arrêt de la Cour de Caen, où il est affirmé « que du moment que N... (mineur émancipé) a été régulièrement autorisé à faire le commerce, la société qu'il a contractée avec son frère pour spéculer sur les toiles et fils (société collective), n'avait rien que de très-licite et de très-conforme à ladite autorisation (1); » et c'est aussi l'induction tirée par plusieurs jurisconsultes, selon lesquels une telle autorisation, dès qu'elle n'est pas formellement limitée par l'expression de la condition faite au mineur d'opérer seul, confèrerait à ce dernier la faculté de s'associer (2).

Cette induction, selon nous, n'est pas admissible. Il y a ici un cas d'exception à la règle de corrélation ci-dessus formulée, laquelle, comme toute règle générale, comporte des exceptions. Nous tenons que, pour le mineur émancipé, l'autorisation de faire le commerce n'implique en aucune manière par elle-même la faculté de s'associer; que lorsqu'elle est pure et simple, cette autorisation, limitative de sa nature, ne peut avoir d'effet et de valeur que pour les seules opérations commerciales en vue desquelles elle a été accordée; et que le contrat de société ne pouvant pas être considéré comme un acte relatif au commerce pour lequel le mineur a été habilité, celui-ci ne peut s'associer avec un tiers pour le faire sans y être spécialement autorisé. Et c'est la solution dominante dans la doctrine (3).

On oppose qu'il résulte des procès-verbaux du conseil d'État que les dispositions de l'art. 2 du Code de commerce *auraient été introduites principalement en vue des sociétés que les mineurs pourraient avoir intérêt à contracter* avec les marchands dont ils ont été les élèves (4). Mais est-ce bien là ce qui résulte des procès-verbaux? Dans la discussion de l'art. 2 au conseil d'État il a été dit, à la vérité, par M. Bérenger, répondant à ceux qui auraient voulu fixer à vingt ans au lieu de dix-huit l'âge où les mineurs émancipés pourraient être autorisés à faire le commerce, « qu'il ne faut pas, parce qu'ils n'auront pas atteint l'âge

(1) Caen, 11 août 1828 (S.-V., 30, 2, 323; Coll. nouv., 9, 2, 136; Dall., 31, 2, 19; *J. Pal.*, à sa date).

(2) Voy. MM. Molinier (n° 155); Beslay (t. I, n° 226); Pâris (n° 303 *ter*); Bédarride (*C. comm.*, t. I, n° 89); Massé (*Droit comm.*, 3e édit., n° 1046); Alauzet (n° 149).

(3) Voy. MM. Malepeyre et Jourdain (p. 12); Delangle (*Soc. comm.*, n° 58); Bravard et Demangeat (*Id.*, p. 4); Demolombe (t. IV, n° 297); de Fréminville (*Minor.*, t. II, n° 1004); Bourgeois (p. 36); Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 75).

(4) Voy. M. Molinier (*loc. cit.*).

de vingt ans, que leurs maîtres, s'ils leur trouvent de la moralité et des talents, ne puissent récompenser leur zèle en se les associant. » Mais M. Gretet, en se plaçant au même point de vue, a dit aussi « qu'on ne peut réellement faire le commerce à cet âge (dix-huit ans) qu'autant qu'on est associé avec un ancien négociant, ou qu'on épouse une veuve, ou qu'on succède à son père; en sorte que, par le fait, l'article qui autorise à s'établir à dix-huit ans se trouve réduit aux seules hypothèses auxquelles il soit utile de l'appliquer. » (1) Or ce qui résulte de là, c'est que, dans la pensée des rédacteurs du Code, les dispositions de l'art. 2 étaient introduites, non pas en vue des sociétés que les mineurs pourraient avoir intérêt à contracter, mais uniquement pour que l'obstacle résultant de la minorité ne restât pas nécessairement insurmontable et que le mineur eût le moyen de se faire admettre à faire le commerce dans les hypothèses diverses où il aurait intérêt à l'exercer. Dans tous les cas, et au fond, ces observations restent absolument sans portée pour la solution de notre question de capacité. Car qu'est-ce qui était en discussion au conseil d'État? Est-ce la valeur ou l'étendue de l'autorisation dont le mineur aurait à se pourvoir pour être habilité à faire le commerce? En aucune manière : c'est uniquement l'âge avant lequel il ne serait pas admis même à demander l'autorisation. Or, *évidemment la* discussion sur ce point a laissé entière la question de *capacité qui* n'a même pas été entrevue; et par conséquent elle ne *saurait* infirmer notre solution, à savoir : que le mineur autorisé à faire le commerce n'est pas par cela seul et du même coup autorisé à s'associer, en sorte qu'il ne peut pas, sans une autorisation spéciale, conclure valablement le contrat de société.

Et pourquoi, d'ailleurs, en serait-il autrement? C'est, dit notamment M. Massé, que le mineur, qui peut acheter une partie de marchandises, les revendre et profiter seul du bénéfice de la revente, pourrait, par la même raison, faire cette suite d'opérations de compte à demi avec une autre personne, c'est-à-dire contracter des associations en participation sans que nul pût songer à lui contester ce droit; et qu'il n'y a pas de raison pour qu'il n'en soit pas de même lorque l'association, au lieu d'être formée pour une seule opération, est formée pour deux, pour plusieurs ou pour une série d'affaires du même genre (2). Nous disons, au contraire, qu'il y a une raison de distinguer patente et très-certaine. Quand, déterminé par les circonstances, le mineur, autorisé à faire le commerce, recourt à l'expédient de la participation, il ne franchit pas, en réalité, les bornes de sa capacité. La participation, en effet, bien qu'elle soit une société véritable, est cependant une société sans personnalité juridique, une société qui n'a pas d'existence à l'égard des tiers, et dans laquelle les associés, tout en agissant de compte à demi, agissent pourtant chacun pour soi, sans solidarité, celui qui agit étant seul obligé. Il n'y a donc pas de raison d'interdire

(1) Voy. Locré (*C. de comm.*, t. I, p. 126 et 128).
(2) Voy. M. Massé (*loc. cit.*).

au mineur cette association qui étant, selon l'expression même de M. Massé, un des expédients les plus ordinaires du commerce, rentre par là même dans les termes de l'autorisation qu'il a obtenue à l'effet de commercer. Rien n'est changé par là dans la situation qui lui est faite par cette autorisation, dans les conditions qui en résultent. Tout cela serait changé, au contraire, et très-notablement, si le mineur, pour exploiter le commerce qu'il est autorisé à faire, contractait une société commerciale proprement dite, par exemple une société collective, comme dans l'espèce sur laquelle il a été statué par l'arrêt ci-dessus cité de la Cour de Caen. Il ne serait plus alors un commerçant responsable seulement de ses actes, comme tout commerçant qui fait seul son commerce; il deviendrait un associé responsable des actes d'un tiers comme des siens propres et tenu solidairement de tous les engagements de la société. Or c'est là une aggravation qui a pu ne pas entrer dans les prévisions de la famille quand elle a donné au mineur une autorisation pure et simple de faire le commerce; et cela doit suffire pour que le mineur ne puisse pas passer outre et s'y exposer sans être autorisé spécialement.

826. Quant à la femme mariée, il en doit être de même, et à bien plus forte raison. Aussi n'est-ce plus, à vrai dire, une question discutée aujourd'hui que celle de savoir si la femme autorisée par son mari à faire le commerce est par cela même autorisée à s'associer avec un tiers. Les auteurs, d'ailleurs en petit nombre, qui tiennent encore pour l'affirmative (1), reconnaissent eux-mêmes que la doctrine et la jurisprudence sont définitivement fixées en sens contraire (2). Il n'en pouvait pas être autrement. D'abord, on peut dire ici, comme nous le disions tout à l'heure à l'égard du mineur, que la société formée pour l'exercice du commerce autorisé change complétement l'état des choses en substituant à l'exploitation individuelle prévue dans l'autorisation accordée une exploitation collective bien autrement redoutable par les obligations et la responsabilité qu'elle entraîne. Mais en outre, à cette raison, commune au mineur et à la femme mariée autorisés à faire le commerce, s'ajoutent les graves considérations qui se tirent du caractère particulier de l'union conjugale. Il suffit de songer à tout ce que la société, avec les rapports qu'elle crée entre les associés et les engagements qui en résultent, peut mettre d'entraves à l'exercice de la puissance maritale, pour sentir aussitôt que la faculté de la former ne saurait être contenue de droit dans l'autorisation donnée à la femme de commercer. Le mari, en donnant cette autorisation, a dit la Cour de cassation en se plaçant à ce point de vue, habilite uniquement sa femme « à s'obliger elle et ses biens, par les actes du négoce qu'elle fait

(1) Voy. MM. Cadrès (*Modif. du C. civ. en mat. de comm.*, p. 41); Pâris (t. I, n° 432); Massé (*op. cit.*, n° 1121).

(2) Voy., en effet, Rouen, 3 déc. 1858 (*J. Pal.*, 1859, p. 1158; S.-V., 59, 2, 501); et, sur le pourvoi en cassation, Req., 9 nov. 1859 (Dall., 60, 1, 8; S.-V., 60, 1, 74; *J. Pal.*, 1860, p. 297). *Junge :* MM. Pardessus (n° 66); Molinier (n° 176); Malepeyre et Jourdain (p. 13); Delangle (n° 56); Demolombe (t. IV, n° 297); Bédarride (n° 125); Bravard et Demangeat (*Soc.*, p. 5); Alauzet (n° 151); Bourgeois (p. 36).

personnellement et sous la réserve du retrait de cette autorisation, dès que son intérêt le commande; mais étendre les effets de cette autorisation jusqu'à la faculté pour la femme de contracter une société avec des tiers, ce serait confier à des tiers le pouvoir d'obliger la femme et fournir à celle-ci le moyen de paralyser, pendant toute la durée de la société, l'exercice du droit réservé au mari ou à la justice de retirer en tout temps l'autorisation accordée; or, un pareil résultat porterait atteinte à la puissance maritale ou à l'action de la justice. » Ainsi, même autorisée à faire le commerce, la femme ne peut pas, sans une autorisation spéciale, contracter valablement une société. Mais, rappelons-le, il n'est pas indispensable que cette autorisation spéciale soit expresse; elle pourrait être tacite et n'en suffire pas moins si elle résultait nettement des circonstances (*suprà*, n° 33).

827. Par exemple, une femme, marchande publique, forme une société commerciale avec son mari, de qui elle était autorisée à faire le commerce; ou encore, un mineur émancipé, autorisé par son père à commercer, s'associe avec celui-ci : il y là un fait positif d'où il s'induit que l'association est spécialement autorisée. Toutefois, cela suppose que, soit la femme mariée, soit le mineur émancipé, peuvent valablement se mettre en société, même avec la personne qui a pouvoir de les autoriser à faire le commerce. Or c'est là une question controversée en doctrine et en jurisprudence.

Nous l'avons discutée, dans notre première partie, sur le point relatif à la société formée par deux époux entre eux, et nous ne pouvons que maintenir notre solution, à savoir : que si, en fait, une telle société n'est pas nécessairement valable, en ce sens qu'elle pourrait être annulée à raison des circonstances ou des stipulations du pacte social, elle n'est pas nulle cependant, en principe et de plein droit, en ce que les époux ne sont pas, à raison de cette seule qualité d'époux, incapables de contracter ensemble une société pendant le mariage (1).

La question doit être résolue d'après les mêmes données, en ce qui concerne la société formée par un mineur émancipé avec son père ou avec sa mère. Ainsi, nous n'admettons pas qu'une telle société serait nulle *en principe,* comme cela résulte d'un arrêt de la Cour de Douai (2). La Cour a considéré « que, l'autorisation n'étant exigée que dans l'intérêt du mineur, ne peut légalement émaner d'une personne intéressée et de la partie même qui traite avec lui; qu'il est de principe que nul ne peut être auteur dans sa propre cause, d'où il suit que, dans l'espèce, le père n'a pu valablement autoriser son fils à contracter avec lui-même; qu'en pareille circonstance, le père doit être regardé, relativement à l'autorisation, comme n'existant pas, et qu'on doit recourir au conseil de famille. » On pourrait d'abord contester ce dernier

(1) *Suprà*, n°s 37 et 38. *Junge*, aux autorités citées, un arrêt en sens contraire de la Cour de Paris du 24 mars 1870 (*J. Pal.*, 1871, p. 292; S.-V., 71, 2, 71; Dall., 72, 2, 43).
(2) Douai, 21 janv. 1827 (S.-V., 28, 2, 39; Coll. nouv., 8, 2, 380; Dall., 28, 2, 68; *J. Pal.*, à sa date).

point. Il est contraire, en effet, aux principes de la puissance paternelle, sur lesquels est fondée précisément la disposition de l'art. 2 du Code de commerce. Évidemment, quand le père est présent et non interdit, nul ne peut être appelé à sa place à donner l'autorisation dont parle cet article : il est le chef de la famille; à ce titre, il a qualité à l'exclusion de tous autres, pour habiliter son fils mineur à faire le commerce. Et de même que, lui présent et capable, l'autorisation ne pourrait pas être demandée à la mère, dépouillée de toute autorité en ce cas, de même elle ne doit pas être demandée au conseil de famille dont l'intervention n'a de raison d'être qu'à défaut du père et de la mère. Le moyen indiqué par la Cour de Douai serait donc contestable en lui-même.

Mais nous contestons surtout la solution de l'arrêt, du moins en tant que l'invalidité de la société formée entre le père et le fils, dans le cas supposé, y est posée en principe. Cette solution, bien qu'elle paraisse dominante dans la doctrine (1), donne prise à la critique, pourtant, dans ce qu'elle a d'absolu. Il s'agit ici, en définitive, de la capacité de contracter, c'est-à-dire d'une matière dans laquelle on ne saurait ajouter à la loi, et créer des incapacités qu'elle n'a pas déclarées. Or y a-t-il un texte qui établisse l'incapacité supposée par l'arrêt de Douai? Y a-t-il même une disposition d'où l'on puisse induire cette incapacité prétendue? Qu'on y songe; nous sommes en présence de deux personnes également capables l'une et l'autre : le fils qui, autorisé à faire le commerce, est, à cet égard, aussi pleinement capable que s'il était majeur; le père qui, en autorisant son fils, n'a rien perdu ni abdiqué de sa capacité personnelle. Comment donc la loi pourrait-elle dire ou seulement donner à penser que deux personnes en possession l'une et l'autre de leur capacité pleine et entière vont devenir incapables en s'unissant pour agir ensemble et faire le commerce en commun! Aussi n'en est-il rien : ni la loi civile, ni la loi commerciale ne prohibent, soit expressément, soit virtuellement, l'association entre le père et le fils mineur habilité à faire le commerce. Leur association est donc possible en principe (2). Et par suite, si elle est formée, on peut dire que le fait par lui-même constitue l'autorisation tacite de contracter société, ou tient lieu de cette autorisation spéciale sans laquelle le mineur, quoique autorisé à faire le commerce, ne pourrait pas valablement s'associer.

828. Toutefois, hâtons-nous d'ajouter qu'une telle autorisation ne vaut qu'autant que l'association est sincère, qu'elle est formée de bonne foi et dans l'intérêt commun des associés, qu'elle est, en un mot, une société véritable réalisant à tous égards le contrat par lequel, selon la définition de la loi, deux personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui en pourra résulter (C. civ., art. 1832). Au contraire, s'il était constant, en fait,

(1) Voy. MM. Molinier (n° 155); Beslay (t. I, n°s 228 et suiv.); Bravard (*Soc.*, p. 4); Pâris (n° 268); Alauzet (n° 150).
(2) Voy., en ce sens, MM. Bédarride (n° 90) et Massé (*op. cit.*, n° 1047).

que le père, en s'associant avec son fils mineur, a cédé à des préoccupations exclusivement personnelles, qu'oublieux des devoirs de protection qui lui incombent, il a sacrifié à son intérêt propre l'intérêt du fils qu'il s'est donné pour associé, il faudrait, sans hésiter, tenir pour non avenues les autorisations par lesquelles ce dernier aurait été habilité et invalider, dans son intérêt, les actes accomplis en conséquence. La jurisprudence fournit plus d'un exemple en ce sens. Ainsi, dans une espèce où l'autorisation de faire le commerce était limitée au droit, pour le mineur autorisé, de s'associer avec sa mère qui avait donné l'autorisation, la Cour de Douai elle-même a constaté en fait « qu'au moment de l'autorisation, l'affaire commerciale dans laquelle entrait le mineur était déjà dans un état plus que précaire; qu'il résultait, d'ailleurs, des énonciations de l'acte de société que le seul but de la mère avait été, non d'intéresser le mineur à son commerce, mais de faire entrer dans la société ce qu'il avait recueilli dans la succession de son père »; et, déterminée cette fois par les circonstances, la Cour a conclu qu'une autorisation donnée dans un pareil but est nulle et ne peut produire aucun effet (1). La Cour de Paris a conclu de même dans un cas analogue, après avoir constaté en fait « que l'autorisation donnée par une mère à ses deux filles mineures avait eu pour objet apparent de les autoriser à *exploiter un* fonds acquis par elles quelques jours après, et pour objet *réel*, ainsi que cela résultait des pièces et documents produits, de les faire intervenir à l'acte de cession dont les conditions avaient été arrêtées entre leur mère et le cédant, pour garantir à ce dernier le payement du prix convenu; que c'était dans ce but qu'elles s'étaient engagées comme acquéreurs solidaires, leur mère n'offrant personnellement aucune garantie de solvabilité. » (2) Ce sont là des arrêts d'espèce qui, même dans notre système, ne peuvent qu'être approuvés. Ce système, en effet, n'a rien d'absolu; tout y est subordonné au résultat d'une simple appréciation de faits, ou plutôt de la pensée dans laquelle un père, après avoir autorisé son fils à faire le commerce, s'est associé commercialement avec lui. L'association a-t-elle été sincère et formée de bonne foi dans l'intérêt commun, non-seulement elle est valable, mais encore sa formation même implique l'autorisation spéciale sans laquelle le mineur n'aurait pas pu s'associer. Au contraire, l'association a-t-elle été faite principalement dans l'intérêt du père et au détriment du mineur dans une mesure quelconque, elle n'est rien et ne peut valoir ni comme association, ni comme autorisation.

III. — 829. Pour les sociétés commerciales comme pour les sociétés civiles, il faut : 1° que chaque associé fasse son apport à la société; 2° que les apports soient mis en commun en vue d'un bénéfice à partager. Sur ces deux points, nous avons présenté, dans notre explication des sociétés civiles (*suprà*, nos 58 et suiv.), des observations générales auxquelles nous pouvons nous référer, car elles sont applicables aux

(1) Douai, 16 août 1869 (Dall., 70, 2, 87).
(2) Paris, 20 févr. 1858 (S.-V., 58, 2, 74; *J. Pal.*, 1858, p. 367; Dall., 58, 2, 56).

sociétés de commerce. Toutefois, nous aurons à revenir sur la condition relative aux apports. Elle a été l'objet, on le sait, de dispositions particulières et fort importantes dans la loi du 24 juillet 1867. Mais ces dispositions sont édictées spécialement en vue de la société anonyme et de la commandite par actions, c'est-à-dire des sociétés de capitaux. Elles se rattachent donc, non point à la présente section, qui a trait aux conditions intrinsèques requises pour la constitution d'une société commerciale quelle qu'en soit la nature ou l'espèce, mais à la section suivante, laquelle a pour objet les conditions intrinsèques spéciales à chaque espèce de société (*infrà,* n[os] 953 et suiv.).

830. D'ailleurs, pour les sociétés commerciales comme pour les sociétés civiles, la nécessité d'apports réciproques et le partage du profit commun, constituent les véritables et les seuls éléments propres du contrat. La Cour de Lyon, cependant, en a supposé un troisième : ce serait la fixation, par la convention, de la durée de la société. Une demande en dommages-intérêts était dirigée contre un commerçant qui, suivant conventions verbales, devait prendre pour associés dans son commerce, à partir d'une époque déterminée, trois commis intéressés dans sa maison. La Cour de Lyon estima que la promesse de société ayant été faite sans indication de durée, le refus de l'exécuter ne pouvait donner lieu à une condamnation (1). « Attendu, porte l'arrêt, qu'en matière de société commerciale, la durée de la société est un élément essentiel du contrat; qu'elle doit être fixée par la volonté des parties; que le législateur, en cette matière, n'a pas, comme il l'a fait en matière de société civile par l'art. 1844 du Code Napoléon, donné à la société une durée légale à défaut de la convention, et que le juge, en cette matière, n'a pas reçu non plus de la loi le pouvoir de compléter un contrat que les parties ont volontairement laissé imparfait; que dès lors, à défaut de cet élément essentiel, on ne peut trouver dans les conventions alléguées un pacte de société obligatoire, et qu'on n'y peut trouver non plus une promesse de société ayant la même force que le contrat lui-même, ce caractère ne pouvant appartenir qu'à une promesse dans laquelle tous les éléments essentiels du contrat seraient réunis. » Nous n'avons pas, quant à présent, à discuter la question de savoir ce que vaut la promesse verbale de former une société commerciale et quel en peut être l'effet; nous y reviendrons, dans le chapitre suivant, en traitant des conditions extrinsèques nécessaires pour la constitution des sociétés commerciales, et spécialement de l'écrit. Ce qu'il importe ici de relever dans l'arrêt, c'est le motif par lequel la Cour, établissant une différence entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales, suppose que, pour ces dernières sociétés, la fixation de leur durée par la convention est un élément essentiel du contrat. En principe, il n'en est rien. Il convient, sans doute, que la convention s'explique sur la durée de la société, et les parties ne négligeront pas, en général, de s'expliquer. Mais enfin, si la convention est muette, s'en-

---

(1) Lyon, 24 juin 1870 (S.-V., 71, 2, 70; *J. Pal.*, 1871, p. 291; Dall., 72, 2, 198).

suit-il qu'elle doive, qu'elle puisse même être annulée par ce motif? En aucune façon. La loi commerciale, il est vrai, ne donne pas le moyen de suppléer au silence des parties sur la durée de leur société. Mais le principe général, le principe posé par la loi elle-même, n'est-il pas que les dispositions du Code civil sur les sociétés s'appliquent aux sociétés de commerce dans tous les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce? Or, y a-t-il dans la loi ou dans les usages commerciaux quelque chose de contraire à la disposition de l'art. 1844 du Code civil, lequel a précisément pour objet de fixer la durée de la société lorsqu'il n'y a pas de convention sur ce point? Non assurément. Donc, cet article est applicable aux sociétés commerciales, et, dès lors, il s'ensuit qu'en thèse générale, dans le silence de la convention sur la durée, la société commerciale est censée contractée soit pour toute la vie des associés, sous la modification portée en l'art. 1869, soit, s'il s'agit d'une affaire dont la durée est limitée, pour le temps que doit durer cette affaire (1).

SECTION II

CONDITIONS INTRINSÈQUES SPÉCIALES AUX DIVERSES SOCIÉTÉS DE COMMERCE.

SOMMAIRE.

831. Elles varient suivant qu'il s'agit des sociétés de personnes ou des sociétés de capitaux. Division.

831. Les conditions intrinsèques spéciales requises pour la constitution des sociétés commerciales sont nombreuses et diverses. Elles correspondent, nous l'avons indiqué déjà, aux deux grandes catégories de sociétés connues dans le monde commercial : les sociétés de personnes, et les sociétés de capitaux.

Dans la première catégorie se placent : 1° la société collective, laquelle présente, en effet, l'union franche et complète d'associés agissant dans un état de dépendance mutuelle et liés entre eux par la solidarité; 2° la commandite, société mixte, qui, tout en s'éloignant de la précédente, y tient encore par la base en ce que le principe de la responsabilité personnelle y reste dominant.

La seconde catégorie comprend les sociétés par actions, c'est-à-dire la société anonyme dont, en principe, le procédé consiste à diviser son capital en actions et même en coupons d'actions (C. comm., art. 34), et la commandite encore, dans le cas du moins où elle use de la faculté qui lui est laissée par la loi de diviser aussi son capital en actions (C. comm., art. 38).

La présente section sera donc divisée en deux articles qui auront successivement pour objet : le premier, les sociétés collectives et en commandite; le second, les sociétés par actions.

---

(1) *Comp.* MM. Troplong (n° 872); Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 641).

ARTICLE PREMIER

CONDITIONS DE FOND REQUISES POUR LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES, SPÉCIALEMENT POUR LA SOCIÉTÉ COLLECTIVE ET LA COMMANDITE SIMPLE.

SOMMAIRE.

I. 832. Ces sociétés ont cela de commun qu'elles font le commerce sous *une raison sociale*. Division.

II. 833. Définition : la raison sociale est le nom commercial de la société. — 834. Origine de la raison sociale. — 835. Son objet. — 836. Sa cause. — 837. Elle n'a rien de commun avec le nom qui peut être donné à l'établissement exploité par la société.

III. 838. Les noms des associés personnellement responsables peuvent seuls faire partie de la raison sociale : motifs de la loi. — 839. En conséquence, en cas de décès ou de retraite d'un associé dont le nom figurait dans la raison sociale, ce nom en doit être retranché. — 840. Il n'est pas nécessaire, d'ailleurs, que la raison sociale comprenne les noms de tous les associés personnellement responsables.

IV. 841. Responsabilités que peut engendrer la composition irrégulière ou illicite de la raison sociale : elles sont de nature diverse. — 842. Quant aux associés, le fait peut constituer le délit d'escroquerie et entraîner l'application des peines édictées par l'art. 405 du Code pénal; — 843. Ou même, en certains cas, le crime de faux prévu et puni par l'art. 147 du même code. — 844. *Quid* en ce qui concerne les personnes non associées dont le nom figurerait dans la raison sociale? — 845. Aucune responsabilité ne les atteint si elles ont ignoré l'usage qui a été fait de leur nom. — 846. *Secùs* si elles ont autorisé cet usage. — 847. *Quid* si l'autorisation n'a été donnée que sous réserve formelle de n'être pas tenu des dettes et engagements sociaux? Distinction. — 848. *Quid* en cas d'autorisation tacite résultant de ce que la personne non associée aurait connu et toléré l'insertion de son nom dans la raison sociale? — 849. Le principe de la responsabilité est certain, mais l'application est un point de fait abandonné à l'appréciation des tribunaux. — 850. Renvoi quant aux questions de détail touchant au droit de faire usage de la raison sociale et à l'usage même qui en doit être fait. Transition.

I. — 832. La société en nom collectif et la société en commandite ont cela de spécial qu'elles doivent, l'une et l'autre, faire le commerce sous un nom social. C'est une condition intrinsèque de leur constitution, et cette condition est, sinon de l'essence même, au moins de la nature du contrat, si bien qu'en définissant, soit la société en nom collectif (C. comm., art. 20), soit la société en commandite (art. 23), le législateur fait entrer le nom social ou la raison sociale dans les éléments de la définition. Ainsi, en établissant l'une ou l'autre de ces sociétés, les associés doivent satisfaire, non-seulement aux conditions générales dont il vient d'être question dans la section précédente, mais encore à cette condition particulière de fixer la raison sociale qui sera leur nom de commerce, c'est-à-dire le signe sous lequel seront traitées toutes les affaires de la société. Comment y doivent-ils satisfaire? C'est ce que nous avons à expliquer maintenant. A cet effet, nous exposerons ce qui se rapporte à la formation, à la composition même de la raison sociale, réservant tout ce qui a trait à son fonctionnement, pour y revenir dans le titre suivant relatif à l'organisation et à la marche des diverses espèces de sociétés.

II. — 833. La raison sociale, ou comme on dit encore, la raison de commerce, est le nom commercial de la société. C'est le nom qui en

constate la personnalité juridique, le nom qui sert à la faire reconnaître et à la distinguer de la personne des associés. Elle est formée avec le nom des associés personnellement et solidairement responsables, soit avec le nom de tous, soit avec le nom de quelques-uns, soit même avec celui d'un seul. Ainsi, Pierre, Paul et Jacques sont associés en nom collectif, ou ils sont les trois associés commandités, c'est-à-dire solidairement responsables, d'une société en commandite. La raison sociale pourra être composée des trois noms Pierre, Paul et Jacques; ou de deux seulement, par exemple Jacques et Pierre; ou même d'un seul des trois, n'importe lequel. Mais il y aura à ajouter les mots « et compagnie », dans les trois hypothèses s'il y a des commanditaires dans la société, et dans les deux dernières seulement si la société est en nom collectif.

834. L'origine de la raison sociale et la portée ou la signification de cette formule collective « et compagnie », ont été l'objet de savantes discussions et ont donné lieu à de brillantes controverses. Suivant Fremery, la raison sociale aurait pris naissance dans la société en commandite et n'aurait été appliquée à la société en nom collectif qu'après coup et par extension (1). Au contraire, d'après Troplong, la société en commandite aurait emprunté la raison sociale à la société en nom collectif (2). Le premier de ces jurisconsultes s'attache à établir que la *formule* « et compagnie » était exclusive, à l'origine, de l'obligation personnelle et solidaire de tous les associés. Ceux-là seuls, dit-il, étaient personnellement obligés envers les créanciers, qui figuraient en nom dans la raison sociale pour ceux dont l'existence était indiquée. Seulement, par les mots « et compagnie », ils n'engageaient que leurs capitaux. Ce fut plus tard, quand les sociétés durent être constatées par écrit et lorsque leur existence et leur composition furent annoncées au public par des formalités spéciales, que la raison sociale, transportée de la commandite à la société collective, y indiqua comme personnellement obligés, non plus seulement les associés dénommés dans la formule, mais la collection des membres composant la société. De son côté, Troplong, maintenant sa thèse principale, en induit qu'à l'origine la formule *et compagnie*, « étendard des sociétés en nom collectif », a désigné des associés solidaires envers les tiers, son but ayant été, non point de cacher des commanditaires, mais d'indiquer que l'associé nommé agirait pour les autres en même temps que pour lui, et, en s'obligeant lui-même personnellement, les obligerait au même titre et dans la même mesure.

Nous serions porté, pour notre part, à suivre ce dernier avis. Mais, sans insister, nous constatons que cette discussion, dont nous ne méconnaissons assurément pas l'intérêt historique, est peu susceptible d'éclairer la notion de la raison sociale telle qu'elle est connue et pratiquée aujourd'hui. Il est certain que c'est là un trait commun à la

(1) Fremery (*Étud. de droit comm.*, p. 39 et suiv.). Voy. aussi MM. Molinier (n° 257) et Foureix (n° 25).
(2) Troplong (n°s 360 et suiv.). *Junge* : MM. Bédarride (n° 128); Alauzet (n° 280).

société collective et à la société en commandite. Quand elle ne comprend pas les noms de tous les associés *tenus personnellement*, les mots « et compagnie » qu'on y ajoute et qui la complètent, informent les tiers de l'existence d'autres associés qui, bien que non désignés, n'en sont pas moins des associés en nom, c'est-à-dire responsables et tenus par les liens de la solidarité. C'est en cela que la raison sociale apparaît dans toute son utilité. En même temps qu'elle est le symbole de l'unité de la société qu'elle personnifie, elle est le signe de la responsabilité des associés, et, par cela même, l'indice des garanties offertes aux tiers qui traiteront avec elle.

835. L'objet de la raison sociale se révèle en quelque sorte de lui-même. Quand plusieurs personnes se réunissent en société, leur but est d'accomplir, par un travail commun, un ensemble d'opérations, une série de négociations commerciales. En un mot, la société est, dans la vérité des choses, un commerçant créé par la volonté de plusieurs personnes, un commerçant dont l'existence, toute de raison, n'en est pas moins certaine. La société fera dès lors ce que ferait un négociant dans son action isolée : elle achètera, elle vendra, elle donnera et prendra à bail, plaidera, transigera, poursuivra ses débiteurs, subira les poursuites de ses créanciers, etc., etc. Mais si par un travail de l'esprit on peut arriver à distinguer la personne sociale de la personne des associés envisagés individuellement, dans la pratique des choses il faut trouver un moyen prompt et facile de reconnaître l'action de la société, de discerner les actes sociaux des actes propres et personnels des membres de la société. Il faut que, sans efforts, sans recherches, sans la moindre hésitation, quiconque traite avec la société sache à quel signe visible il la peut reconnaître. C'est là l'objet de la raison sociale. Et par là on voit combien il est vrai de dire qu'elle est le nom commercial de la société. Elle est, en effet, la dénomination de l'être moral, de la personne sociale. De même que dans la vie commune, tout homme a un nom qui le distingue et le sépare des autres hommes, qui lui attribue une personnalité distincte, qui, écrit de sa main, constitue sa signature et forme le signe usuel de ses engagements, de même la société collective ou en commandite tire de la raison sociale le nom qui la personnifie et sous lequel elle traite et agit.

836. Et c'est dans cette personnification de la société que la raison sociale a trouvé son principe ou sa cause. La notion de la personnalité juridique des sociétés a conduit en effet à la notion de la raison sociale. La force des choses a fait imprimer un nom à cette collection d'intérêts concentrés dans une action unique. A l'origine, l'opération de la société devait émaner, pour être régulière et obligatoire, de tous les membres de la société ou de l'un d'eux investi du pouvoir des autres. Mais ce concours des associés, ou la preuve du pouvoir conféré à celui qui avait opéré, offrait des difficultés pratiques qu'il fallait résoudre. La célérité des affaires commerciales, la rapidité des déterminations à prendre en matière de négoce, exigeaient que l'action sociale fût aussi prompte, aussi sûre, aussi instantanée que l'action isolée d'un seul individu. Et

c'est là la raison d'être de ce que nos vieux auteurs ont appelé *nomen sociale*, de ce que nous appelons aujourd'hui la raison sociale ou la raison de commerce.

837. Ajoutons d'ailleurs, avec la généralité des auteurs, que la raison sociale n'a rien de commun avec le nom ou l'enseigne qui peut être donné à l'établissement exploité par la société (1). Une société collective ou en commandite a une raison sociale; par exemple, Pierre, Paul et Cie, sous laquelle elle exploite un commerce de nouveautés. Il est possible que l'établissement soit connu du public sous une désignation particuliere, tirée soit de sa nature même, soit du quartier où il fonctionne ou de la situation qu'il occupe, soit d'une précédente exploitation : ainsi, le *Coin de Rue*, le *Bon Marché*, la *Châtelaine*, le *Gagne-Petit*, la *Fileuse*, le *Grand Condé*, etc. Ce sont là des enseignes. Elles servent à frapper les yeux du public, à fixer son attention sollicitée par nombre d'établissements rivaux, à spécialiser, d'une façon plus ou moins saisissante, plus ou moins originale, la maison qu'on lui désigne. Mais elles ont rapport seulement à l'établissement même, et en cela elles diffèrent de la raison sociale qui, elle, se rapporte à la personne morale, société. L'enseigne ou le surnom de l'établissement est une propriété que la société peut, à son gré, retenir ou céder comme elle le pourrait faire de toute autre valeur qui lui appartiendrait; c'est un droit qui s'attache à l'établissement exploité et qui peut même survivre à la société. Aussi est-il décidé, dans cet ordre d'idées, qu'après la dissolution de la société, il n'est pas permis à une partie des sociétaires formant un nouvel établissement de s'approprier la désignation ou le titre ancien au préjudice de ceux qui restent étrangers à ce nouvel établissement (2), ou encore, que le pseudonyme sous lequel on est connu dans les lettres ou dans les arts est une propriété dont les associés n'ont pas le droit de s'emparer après la dissolution de la société dans laquelle il avait figuré à titre d'enseigne ou de désignation particulière (3). Au contraire, la raison sociale ne peut être cédée ni transmise. Elle est le nom commercial de l'être moral, société, le nom sous lequel sont pris et signés les engagements sociaux. Par cela même, elle vit avec la société qu'elle personnifie, et finit ou s'éteint avec elle.

III. — 838. Par là aussi s'expliquent les dispositions de la loi qui, en s'occupant de la composition de la raison sociale, posent en principe que les noms des associés, personnellement et solidairement responsables, peuvent seuls en faire partie. Ainsi, dans les sociétés collectives, le nom d'une personne étrangère à la société ne saurait être porté dans la raison sociale (C. comm., art. 21). Dans la commandite, le nom des associés commanditaires n'en peut pas faire partie,

(1) MM. Pardessus (n° 978); Malepeyre et Jourdain (p. 26); Molinier (n° 260); Foureix (n° 26); Delangle (n° 217); Troplong (n° 371); Rivière (*Rép. écrit.*, p. 61); Bédarride (n° 140); Alauzet (n° 281); Bourgeois (p. 213).

(2) Rouen, 15 mars 1827 (S.-V., 27, 2, 164; Dall., 27, 2, 153; *J. Pal.*, à sa date).

(3) Rej., 6 juin 1859 (S.-V., 59, 1, 65; *J. Pal.*, 1859, p. 1179; Dall., 59, 1, 248).

le nom social sous lequel une telle société est régie devant être nécessairement celui d'un ou plusieurs des associés responsables et solidaires (art. 23 et 25). Une double considération motive et explique la règle posée par la loi. La raison sociale a pour objet, selon l'expression de M. Delangle, de formuler en quelque sorte le mandat que les associés se donnent mutuellement (1). Et comme le mandat s'exerce nécessairement au nom du mandant, il va de soi qu'on n'y puisse pas mêler le nom de personnes qui, n'ayant pas donné des pouvoirs, ne seraient pas engagées. D'un autre côté, la raison sociale a aussi pour objet, et principalement à notre avis, d'éclairer le public sur les garanties de la société, sur ses ressources, sur les responsabilités personnelles et solidaires dont l'ensemble constitue la solvabilité ou le crédit social. A ce titre, il était rigoureusement nécessaire que la raison sociale ne pût pas contenir le nom de personnes dont la solide situation pécuniaire aurait appelé la confiance, mais qui, comme étrangères ou non personnellement tenues, ne pourraient pas être personnellement recherchées par les tiers.

839. Ces prescriptions de la loi s'élèvent aujourd'hui contre l'usage qui s'était autrefois établi en France, et qui, suivant quelques auteurs, subsisterait encore en plusieurs pays étrangers (2), de conserver, dans les maisons de commerce renommées et jouissant d'un grand crédit, l'ancienne signature ou l'ancienne raison sociale même après le décès ou la retraite d'un ou même de tous les associés originaires. Et en effet, si la société ne peut pas faire figurer le nom de personnes étrangères ou non personnellement responsables dans sa raison sociale, c'est une conséquence nécessaire qu'elle ne puisse pas non plus y maintenir le nom de ceux qui, associés à l'origine, ont cessé de compter parmi ses membres. Ainsi, dès qu'un associé se retire de la société ou meurt, son nom, s'il figurait dans la raison sociale, en doit être immédiatement retranché.

Cela peut paraître rigoureux, surtout dans le cas où il existe entre les associés des liens d'affection ou de famille. Lorsqu'un associé, un père par exemple, dont le nom est inscrit de vieille date dans la raison sociale, vient à décéder ou à se retirer de la société, il semblerait naturel de permettre au fils, membre de la société, et aux autres associés, si d'ailleurs il a été convenu que l'association ne serait pas dissoute et continuerait entre eux malgré cette circonstance, de maintenir l'ancien état de choses et de conserver le nom commercial sous lequel la société est dès longtemps connue. Un changement de nom, une simple modification même, troublera peut-être les rapports de la société avec ses correspondants et sa clientèle. Et si pour conserver ces rapports dans toute leur facilité les continuateurs de la société se déterminent à maintenir dans la raison sociale le nom de celui qui a cessé d'être leur associé, on se demande en quoi les tiers en pourraient être lésés. La Cour de Col-

(1) Voy. M. Delangle (nº 218).
(2) Voy. M. Alauzet (*loc. cit.*).

mar était sous cette impression peut-être quand elle a décidé que le nom du mari, employé comme raison sociale d'une maison de commerce exploitée par lui et par sa femme, peut, après la mort du mari et le convol de sa veuve en secondes noces, être maintenu dans la raison sociale de la société formée par les nouveaux époux pour la continuation du même établissement.

Toutefois, en y regardant de près, on aperçoit que, sous une apparence d'équité, c'est là une fausse doctrine. Aussi l'arrêt de la Cour de Colmar n'a-t-il pas échappé à la cassation (1). A la vérité, l'arrêt qui l'annule insiste particulièrement sur cette idée qu'il s'agissait, dans l'espèce, de la constitution d'une société nouvelle et non de la continuation d'une ancienne société. Mais si l'on peut induire de là que la Cour de cassation a évité de se prononcer sur notre question même, bien que son arrêt soit généralement présenté comme l'ayant résolue (2), il n'en reste pas moins que la Cour de Colmar, qui, elle, statuait bien au point de vue d'une société collective continuée, s'était mise en opposition avec l'art. 21 du Code de commerce qui, par son texte comme par son esprit, s'applique également aux deux cas. Il entend et il dit que les noms des *associés* pourront *seuls* faire partie de la raison sociale; c'est donc contrevenir à sa disposition que laisser dans la raison sociale le nom d'une personne qui n'existe plus, ou qui, en tous cas, ne fait *plus partie* de la société. Il a pour objet de pourvoir à l'intérêt des tiers, qui doivent toujours connaître la réalité des choses pour que leur confiance ne puisse pas être trompée; c'est donc en méconnaître la pensée que se parer d'un crédit purement imaginaire, et, en conservant à la société une raison sociale qui a cessé de la personnifier, mettre la fiction à la place de la réalité.

840. Cependant, il faut le rappeler, de ce que la raison sociale est la personnification même de la société, il ne s'ensuit en aucune manière qu'elle doive par elle-même faire connaître le nom de tous les associés responsables et solidaires. La loi n'a pas jugé nécessaire d'aller jusque-là. Elle dit, pour la commandite, que le nom social sera nécessairement celui d'associés responsables et solidaires; et, pour la société collective, que ceux-là seuls peuvent faire partie de la raison sociale qui sont associés; elle n'exige pas que tous les associés en fassent partie. De là l'usage de la formule collective « et compagnie » qui, dans le cas où la société est composée d'un certain nombre de membres, suit l'indication du nom ou des noms pris pour la personnifier. Et il ne faudrait pas dire qu'en pareil cas les tiers ne connaissent qu'un seul ou plusieurs des associés responsables et solidaires, et ne peuvent pas, les autres n'étant pas dénommés, se rendre un compte exact des garanties offertes par la société. La formule collective les avertit qu'à côté de l'associé ou des associés nommés, il y en a d'autres; ils peuvent donc se

(1) Cass., 28 mars 1838 (S.-V., 38, 1, 304; Dall., 38, 1, 158; *J. Pal.*, 1838, t. I, p. 399).

(2) Voy. MM. Molinier (n° 258); Delangle (n°s 220 et 221); Alauzet (n° 283); Bourgeois (p. 213 et 214).

reporter à l'extrait publié de l'acte de société, qui, en les éclairant sur la composition de la société, les mettra à même d'apprécier le crédit social et aussi de savoir quels sont les associés qu'ils auront pour obligés.

IV. — 841. L'obligation de n'indiquer dans la raison sociale ou de n'y maintenir que des noms d'associés personnels et solidaires s'impose à la société sous une sanction établie, sinon par les art. 21 et 23 du Code de commerce, au moins par les principes généraux du droit. Et comme cette sanction tend à assurer l'exacte observation des prescriptions de la loi, elle doit atteindre non-seulement les associés qui, dans le choix de la raison sociale, ont méconnu ses prohibitions, mais encore ceux qui, ne pouvant ou ne devant pas en faire partie, ont souffert cependant que leur nom y fût ou y restât indiqué. Seulement, la sanction prend le caractère de la répression ou celui de la réparation civile, suivant qu'elle est encourue par les uns ou par les autres.

842. Vis-à-vis des associés responsables et solidaires, il ne saurait, en thèse, être question de réparation civile, de responsabilité collective. Chacun d'eux, en sa qualité même d'associé, est tenu personnellement et solidairement de tous les engagements de la société; l'irrégularité de la raison sociale n'aura donc pas pour conséquence d'ajouter à leur obligation sous ce rapport. Mais elle peut être envisagée comme constituant le délit d'escroquerie si elle a été commise de mauvaise foi, et, dès lors, donner lieu à des poursuites correctionnelles contre les agents et à l'application de l'art. 405 du Code pénal (1). Et, en effet, les éléments du délit se trouvent là tous réunis. Les associés agissent et traitent sous une raison sociale comprenant soit des noms imaginaires, soit des noms de personnes avec lesquelles il n'y a pas des liens d'association; il y a donc, de leur part, usage de faux noms ou de fausses qualités pour persuader l'existence d'un crédit imaginaire. Et vainement allégueraient-ils que les tiers avec lesquels la société a traité ont été trompés par leur faute, en ce qu'ils pouvaient se reporter à l'extrait publié qui leur aurait fait connaître la composition réelle de la société. Il est possible sans doute qu'avec plus de circonspection et de prudence, les tiers auraient évité le piége dans lequel ils sont tombés. Mais en quoi cela peut-il faire disparaître les manœuvres constitutives du délit? Dès qu'ils ont faussé la raison sociale dans une pensée frauduleuse et ont ainsi amené les tiers à traiter avec la société sur la foi d'un crédit purement imaginaire, le fait delictueux a été accompli. Et quel qu'ait été le tort ou la négligence de ceux dont la confiance a été ainsi surprise, les associés n'y sauraient trouver une excuse, pas plus que celui qui, sous un nom supposé, se serait fait remettre tout ou partie de la fortune d'autrui, ne pourrait se défendre contre la prévention d'escroquerie en alléguant qu'après tout, le plaignant aurait évité le dommage s'il eût recouru aux registres de l'état civil.

(1) Voy. MM. Malepeyre et Jourdain (p. 27 et 28); Foureix (nº 25); Molinier (nº 259); Delangle (nº 223); Bédarride (nº 135); Bourgeois (p. 214).

843. La composition illicite de la raison sociale, ou l'emploi d'une raison sociale, même régulièrement composée, pourrait donner lieu à une incrimination plus grave.

Ainsi, il y aurait faux caractérisé de la part d'un associé qui, après la dissolution de la société, emploirait, pour ses affaires personnelles, le nom social de la société dissoute. On a dit, pourtant, que tout au plus pourrait-on voir dans ce fait une prévention de simulation ou d'escroquerie essentiellement distincte du crime de faux (1). Mais le contraire résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation. Il a été décidé, en effet, sur les conclusions conformes de Merlin, que le fait par un associé d'avoir employé, postérieurement à la dissolution de la société, la signature sociale, en souscrivant ou en endossant des effets de commerce, constitue le crime de faux (2). Il y a faux, a dit en substance l'illustre procureur général, toutes les fois que, dans un acte public ou privé, le signataire emprunte, à dessein de nuire, un nom qui n'est pas le sien. Or l'associé qui, au lieu de signer de son nom individuel le billet qu'il émet, y appose le nom social quand la société est dissoute, à une époque, par conséquent, où ce nom n'existait plus, où personne ne pouvait plus agir, parler, ni écrire pour la société, signe du nom d'une personne morte, et, par cela même, commet certainement le crime de faux (3).

Ainsi encore, si la raison sociale était composée d'une manière illicite en ce qu'elle contiendrait des noms purement imaginaires ou des noms de personnes non associées, le fait par les associés d'émettre, durant la société, des effets de commerce signés de la raison sociale ainsi composée, pourrait également être considéré comme constituant le crime de faux. Il y aurait là altération matérielle de la vérité, pensée criminelle, préjudice causé ou possible; en sorte qu'en présence de ces éléments constitutifs du crime de faux, l'art. 147 du Code pénal pourrait être appliqué.

844. Vis-à-vis des personnes dont le nom aurait été indûment employé, la sanction est différente, sauf le cas, bien entendu, où ces personnes seraient complices du crime ou du délit. A leur égard, la composition illicite de la raison sociale pourrait, même en dehors de ce cas, donner lieu à une réparation civile. Aussi à peine est-il besoin de dire que celui dont le nom figurerait dans la raison sociale d'une société à laquelle il serait étranger est en droit d'exiger que son nom en soit immédiatement retranché. La Cour de Bordeaux a même décidé récemment que si un commerçant qui a joint à son nom celui de sa femme, cède ce nom, sous lequel il a fait le commerce, à une société collective, les *parents* de la femme peuvent s'opposer à ce que la société

---

(1) Voy. M. Bourgeois (p. 214 et 215).

(2) Cass., 28 germ. an 13 et 16 oct. 1806 (S.-V., 5, 1, 314; 6, 2, 582; Coll. nouv., t. II, 1, 98 et 297; Dall., 6, 1, 216 et 653; *J. Pal.*, à leur date).

(3) Voy. Merlin (*Rép.*, v° Faux, sect. 1, § 5). *Junge* : MM. Faustin Hélie (*Th. Cod. pén.*, t. II, p. 352, n° 541); Delangle (n° 224).

fasse entrer le nom de celle-ci dans la raison sociale (1). Sans contester la solution dans ce cas spécial où elle s'expliquerait peut-être par les circonstances de la cause, on peut dire au moins qu'en principe elle ajoute à la pensée de la loi. De ce que les noms des associés peuvent seuls, d'après les arts. 21 et 23 du Code de commerce, faire partie de la raison sociale, il ne s'ensuit pas que toute persoune, même y eut-elle un intérêt moral, ait le droit d'en faire retrancher le nom d'un tiers que les associés y auraient porté. Que le retranchement puisse être demandé par ce tiers lui-même, cela se conçoit, car il lui importe de ne pas rester exposé à être poursuivi comme associé alors que personnellement il est étranger à la société. Mais, en principe, il est douteux que ses parents soient admissibles à agir, de leur chef, à sa place. Comme, en définitive, le fait de la composition illicite de la raison sociale ne leur est pas imputable; comme, d'un autre côté, leur responsabilité personnelle n'est en aucune façon engagée, on n'aperçoit pas comment et à quel titre ils pourraient se prévaloir des art. 21 et 23, pour ramener à leur observation les membres d'une société qui s'en seraient écartés.

845. Au surplus, la responsabilité civile à laquelle peut donner lieu la composition illicite de la raison sociale, n'existe pas nécessairement et en toute hypothèse contre ceux que le nom social présente faussement comme associés ou comme tenus personnellement et solidairement des engagements sociaux.

Et d'abord, supposons qu'une personne étrangère à une société collective, soit qu'elle n'en ait jamais fait partie, soit qu'elle s'en soit retirée, a ignoré que son nom a été inséré dans la raison sociale ou n'en a pas été effacé; ou encore, qu'un commanditaire dans une société en commandite n'a pas su que, contrairement à la prohibition formelle de l'art. 25 du Code de commerce, son nom a été porté dans la raison sociale : il est de toute évidence qu'aucune action en responsabilité ne pourrait être utilement dirigée contre celui dont le nom a été ainsi usurpé. Sans doute, les tiers alors n'auront plus entière la garantie que la raison sociale semblait leur offrir, et peut-être arrivera-t-il que, privés de l'action solidaire contre celui sur lequel ils avaient le plus compté, ils ne trouveront plus à être complétement désintéressés. Mais il n'importe. Celui dont le nom figure à son insu dans la raison sociale n'en saurait être responsable. En fait, il a été étranger à la fraude; il n'y a pas de faute, pas de négligence, nous le supposons, à lui reprocher; cela suffit à le protéger contre toute action en responsabilité. Sur ce point, le doute, en droit, n'est pas possible.

846. D'un autre côté et par contre, il est certain également et hors de toute controverse que si la personne étrangère à la société ou le commanditaire a connu l'emploi de son nom dans la raison sociale et l'a autorisé, les tiers sont en droit de voir en lui un associé responsable et solidaire, puisqu'il est signalé comme tel par le nom de com-

(1) Bordeaux, 17 nov. 1873 (S.-V., 74, 2, 145; *J. Pal.*, 1874, p. 605).

merce de la société. Mais, à vrai dire, la question de responsabilité ne se présente pas, en ce cas, dans des termes aussi simples. Celui qui se prête à une pratique vicieuse et contraire aux dispositions de la loi, ne pouvant se méprendre sur les suites possibles de sa complaisance, ne donne son autorisation que sous la réserve expresse de n'être pas tenu, quoi qu'il arrive, des dettes et engagements sociaux.

847. La question alors s'élève de savoir si une telle réserve peut être stipulée utilement, et si elle est opposable aux tiers. A notre sens, il faut distinguer. La réserve ne serait pas opposable aux tiers qui n'en auraient pas connu l'existence, et cela quand même elle aurait été constatée dans l'acte de société. En vain dirait-on qu'ils ont à se reprocher de n'avoir pas fait de l'acte une lecture complète. Il suffit qu'un nom leur soit apparu dans la raison sociale, pour qu'ils aient été autorisés à penser que la personne dénommée était, en sa qualité même d'associé, obligée vis-à-vis d'eux personnellement et solidairement. Ils n'ont pas eu à se préoccuper des conventions particulières par lesquelles il aurait été dérogé aux conditions nécessaires, essentielles, dont la loi a entendu faire la garantie même de ceux qui traitent avec la société. Mais si les tiers ont connu la réserve et s'ils ne peuvent pas prétendre qu'ils l'ont ignorée, ils ne sont pas fondés à agir contre celui qui l'a *stipulée*. Seulement, comme les constatations de l'acte de *société ne* sauraient faire preuve à cet égard contre eux, leur action ne pourrait être écartée qu'autant que la preuve du fait qu'ils ont connu la réserve résulterait de l'engagement pris par la société. Alors seulement il sera certain qu'en fait le tiers contractant a traité avec connaissance de cause, sachant bien et admettant que, quoi qu'il arrive, la personne dont le nom figurait indûment dans la raison sociale ne sera pas au nombre des associés responsables et solidairement obligés.

848. Il faut le dire pourtant, ce sont là des cas tout exceptionnels. Il est rare, en effet, qu'une personne étrangère à la société ou qu'un commanditaire autorise *expressément*, même sous la réserve indiquée, l'insertion de son nom dans la raison sociale. Il arrivera plutôt que le nom d'un ancien associé y sera maintenu sans que celui-ci intervienne pour en exiger le retranchement. Évidemment, si, connaissant le fait, l'ancien associé garde le silence et laisse la société continuer ses opérations sous l'ancienne raison sociale, il est présumé consentir, car il donne un assentiment tacite aux agissements de la société. S'expose-t-il par là au recours des tiers? Oui, sans doute, si, d'ailleurs, il est certain, s'il est prouvé qu'il a réellement connu et toléré sans protestation le maintien de son nom dans la raison sociale. Les tiers pourront incontestablement alors, en vertu de l'art. 1382 du Code civil, poursuivre contre lui la réparation du préjudice qu'ils auraient souffert par suite d'une simulation à laquelle il se serait prêté par son silence. Et vainement alléguerait-il que sa retraite de la société avait été publiée, et que dès lors, avertis par la publication même qu'ils n'avaient pas désormais à compter sur sa garantie personnelle, les tiers ne peuvent pas le rechercher à raison des engagements de la société. On lui répondrait, à

juste titre, que, quelque publique qu'elle ait été, sa retraite est un fait sans portée à leur égard, d'une part, parce que la société, en continuant à se servir de l'ancienne raison sociale, l'a présenté au public comme toujours associé; d'une autre part, parce que, de son côté, ayant donné à ce fait une approbation tacite, il a sinon participé à la fraude dont son nom même était le moyen ou l'instrument, au moins commis une faute et causé un dommage dont il doit la réparation (1).

849. Mais, on le voit, ici, comme généralement dans les cas de responsabilité procédant d'une faute, la solution dépend de faits ou de circonstances abandonnés à l'appréciation des tribunaux. Est-il établi d'abord que la simulation, dans la raison sociale, a été réellement connue et tolérée par celui dont le nom a été indûment employé, et ensuite qu'elle a influé dans telle ou telle mesure sur les déterminations des tiers qui ont traité avec la société, la responsabilité sera encourue. La preuve manque-t-elle soit sur les deux points, soit même sur l'un ou sur l'autre, l'action en responsabilité devra être rejetée. Tout, en un mot, se résume en une question de pur fait. C'est pourquoi nous ne saurions nous associer aux critiques dirigées par M. Bédarride (2) contre un arrêt de la Cour d'Aix qui a exonéré de toute responsabilité un associé dont le nom avait, de son aveu, continué de figurer dans la raison sociale même après qu'il s'était retiré de la société (3). La Cour a jugé, en fait, sur la question du procès; elle a statué non sur le principe même de la responsabilité qu'elle a expressément reconnu, mais uniquement sur le point de savoir si, en l'état des faits débattus, la responsabilité était encourue. Elle s'est prononcée négativement, et fût-il vrai qu'en cela elle se serait montrée facile et trop indulgente, on pourrait dire de son arrêt qu'il contient un mal-jugé; on n'y saurait relever ni violation, ni fausse application de la loi.

850. Ici s'arrêteront nos observations touchant la raison sociale considérée comme condition intrinsèque spéciale requise pour la constitution des sociétés de personnes. Bien des questions de détail se rattachent à cette condition. Ainsi, la raison sociale est-elle de l'essence ou simplement de la nature des sociétés de personnes? Qui peut faire usage de la raison sociale? Comment et en quels cas les actes revêtus ou non revêtus de la signature sociale se rattachent-ils à la société? etc., etc. Mais ces questions touchent à l'organisation et au fonctionnement de la société. Nous en renvoyons donc la discussion au titre suivant, et nous passons aux conditions intrinsèques spéciales pour la constitution des sociétés de capitaux.

---

(1) Voy. MM. Pardessus (n° 978); Molinier (n° 258); Bédarride (n° 136); Alauzet (n° 284).
(2) M. Bédarride (n°s 137 et suiv.). Voy. aussi M. Alauzet (*loc. cit.*).
(3) Aix, 16 janv. 1840 (S.-V., 40, 2, 465; Dall., 40, 2, 151; *J. Pal.*, 1840, t. I, p. 463).

ARTICLE SECOND

CONDITIONS DE FOND REQUISES POUR LA CONSTITUTION DÉFINITIVE DES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX, SPÉCIALEMENT POUR LA SOCIÉTÉ ANONYME ET LA COMMANDITE PAR ACTIONS.

SOMMAIRE.

I. 851. Historique. Différence existant, à l'origine, au point de vue de la constitution, entre la société anonyme et la commandite par actions. Graves abus auxquels a donné lieu la liberté illimitée dont jouissaient les fondateurs de ces dernières sociétés. — 852. Systèmes divers proposés contre ces abus, et projet présenté par le gouvernement en 1838. — 853. La tentative, reprise plus tard, aboutit à la loi des 17-23 juillet 1856, qui établit un ensemble de mesures destinées à réglementer la constitution des commandites par actions. — 854. Ces mesures sont généralisées par la loi du 24 juillet 1867, comme conséquence de la disposition de cette loi qui affranchit la société anonyme de la tutelle administrative. — 855. Dans ces mesures se résument les conditions auxquelles est aujourd'hui subordonnée la constitution des sociétés de capitaux en général. Division du présent article.

I. — 851. Les sociétés de capitaux, plus communément dites sociétés par actions, sont aujourd'hui placées sur le même pied au point de vue des conditions de fond nécessaires à leur constitution. Il en a été autrement jusqu'à la loi du 24 juillet 1867, qui, sur ce point, constitue, quant à présent, le dernier état de la législation.

A l'origine, et d'après le Code de commerce, il y avait entre ces sociétés une différence notable, suivant qu'elles affectaient la forme de l'anonymat ou celle de la commandite. La société anonyme était placée sous la tutelle de l'État; elle ne pouvait exister qu'après autorisation du gouvernement et approbation de l'acte qui la constituait. Cette intervention de l'autorité avec l'approbation qui devait être donnée en la forme prescrite pour les règlements d'administration publique devait être, dans la pensée de la loi, la condition qui suppléait à l'absence de responsabilité personnelle, et donnait en quelque sorte aux actionnaires et aux tiers l'assurance qu'ils avaient devant eux une entreprise sérieuse et sérieusement constituée. Quant à la commandite, elle jouissait d'une entière franchise. Le législateur, en conférant par l'art. 38 du Code de commerce la faculté de diviser en actions le capital des sociétés en commandite, ne jugea pas à propos de soumettre la société ainsi établie à la nécessité de l'autorisation préalable, ni même de réglementer d'aucune autre manière la faculté qu'il avait concédée. Les fondateurs de commandite jouissaient ainsi d'une liberté complète; maîtres absolus de l'affaire, ils pouvaient l'organiser et la diriger à leur gré. Certes, cette liberté eût été sans dangers si la bonne foi, la loyauté, la prudence, eussent toujours présidé à la fondation des sociétés en commandite. Malheureusement il n'en fut pas ainsi : la liberté servit trop souvent l'esprit d'aventure; plus souvent encore elle favorisa les manœuvres frauduleuses et la cupidité de spéculateurs de mauvais aloi. Et force fut de reconnaître que, laissée à elle-même, la commandite, cette combinaison si puissante et si féconde, pouvait devenir un instrument de ruine entre les mains d'industriels aventureux ou d'audacieux agioteurs.

852. Cela fut reconnu surtout dans la période de 1836 à 1838, époque de crise violente dans laquelle les excès et les abus les plus déplorables se manifestèrent avec éclat. Sans aller jusqu'à dire, avec M. Delangle, que les mille trente-neuf sociétés en commandite qui existaient en 1838, et représentaient un fonds de plus d'un milliard, étaient presque toutes une œuvre de fraude et d'escroquerie (1), on peut affirmer que la plupart ne furent imaginées que pour tromper les actionnaires, et aboutirent à de scandaleuses spéculations et à de tels désastres que le crédit public s'en trouvait compromis et menacé. Alors apparut la nécessité de réagir, et bien des systèmes furent proposés. Ceux-ci, s'autorisant de l'opinion émise au conseil d'État par Cambacérès à propos de l'art. 37 dont il défendait la rédaction, disaient, avec l'illustre archichancelier : « L'ordre public est intéressé dans toute société qui se forme par actions, parce que, trop souvent, ces entreprises ne sont qu'un piége tendu à la crédulité des citoyens. Point de doute qu'une société qui travaille sur ses propres fonds n'ait pas besoin d'autorisation; mais si elle forme ses fonds par des actions mises sur la place, il faut bien que l'autorité supérieure examine la valeur de ces effets, et n'en permette le cours que lorsqu'elle s'est bien convaincue qu'ils ne cachent pas de surprise. » (2) En conséquence, tout en maintenant la faculté concédée par l'art. 38 du Code de commerce, ils proposaient d'étendre la nécessité de l'autorisation préalable aux sociétés en commandite dont le capital aurait été divisé en actions. — Ceux-là, plus radicaux, supprimaient cette faculté, et, retranchant l'art. 38 du Code de commerce, ils proposaient de dire qu'il n'y aurait plus désormais « que la société en nom collectif, la société anonyme et la société en commandite pure, sans mélange de cette société en commandite par actions qui se trouvait affranchie de toute règle. » C'était notamment la pensée du gouvernement, telle qu'il l'avait formulée dans l'Exposé des motifs de la loi par lui présentée dans la session législative (3). — D'autres, enfin, et en particulier la commission nommée par la Chambre des députes pour l'examen du projet présenté par le gouvernement, pensaient que la suppression de l'art. 38 était une mesure par trop radicale, et, tout en reconnaissant que la commandite par actions avait donné lieu à de déplorables abus, ils estimaient que cette forme d'association pouvait rendre et avait rendu au commerce et à l'industrie des services considérables; par suite, ils proposaient de maintenir, avec l'art. 38 du Code de commerce, la faculté de diviser en actions le capital des sociétés en commandite, sauf à prévenir, par une réglementation plus ou moins compliquée, le retour des excès et des abus qu'une liberté illimitée avait rendus possibles (4).

Mais aucune de ces propositions ne fut alors législativement consa-

(1) Voy. M. Delangle (*Soc.*, n° 506).
(2) Locré (*C. comm.*, t. I, p. 192).
(3) Voy. cet Exposé des motifs présenté à la Chambre des députés le 15 février 1838 (*Monit.* du 16 févr. et *Rev. de législ.*, t. VII, p. 391 et suiv.).
(4) Voy. le rapport fait par M. Legentil au nom de la commission nommée par la Chambre des députés (*Monit.* du 24 avril 1838).

crée. La session arriva à son terme avant que le projet du gouvernement et le contre-projet de la commission pussent être soumis à la discussion. Et les choses restèrent telles que le Code les avait établies jusqu'à cette seconde crise de 1856 qui, plus aiguë encore que la première, vint solliciter de nouveau l'attention du législateur.

853. Alors furent reprises et avec plus d'ardeur encore les entreprises dolosives que le retentissement de poursuites correctionnelles avait momentanément découragées. Près de huit cents commandites par actions, représentant un capital de trois milliards environ, furent organisées dans la courte période de 1854 à 1856; et dans la plupart on vit se reproduire, et même avec exagération, toutes les manœuvres, toutes les fraudes qui, en 1838, avaient fait mettre en question l'existence de ce mode d'association. Le gouvernement dut intervenir. Mais, cette fois, il ne songea pas à soumettre la commandite par actions à cette autorisation préalable qui déjà, à cette époque, était, même dans son application à la société anonyme, assez vivement attaquée au nom de la liberté des conventions. Encore moins s'arrêta-t-il à la pensée d'abroger l'art. 38 du Code de commerce et de décider que désormais le capital des commandites ne pourrait plus être divisé en actions; il opta pour le parti de la réglementation dans le projet de loi qu'il proposa. Le Corps législatif entra pleinement dans cette voie; et après une discussion approfondie, il vota cette loi célèbre des 17-23 juillet 1856, qui s'attachait, par un ensemble de mesures soit préventives, soit répressives, à prévenir autant que possible et même à châtier les fraudes et les manœuvres auxquelles avait donné lieu l'usage d'un droit resté absolument libre jusqu'à elle.

854. Ces mesures ont éte généralisées depuis, et cela par un effet nécessaire des idées qui prévalurent quelques années plus tard et sous l'influence desquelles fut votée la loi du 24 juillet 1867. La loi de 1856, nous venons de le voir, avait en vue spécialement et uniquement les commandites par actions; elle ne visait pas la société anonyme dont la formation et l'administration étaient placées alors sous la surveillance du gouvernement. Le législateur de 1856 ne s'en occupait pas, estimant que cette surveillance suppléait à tout, qu'elle donnait aux actionnaires et aux tiers de suffisantes garanties, qu'ainsi la société anonyme n'avait pas à être autrement réglementée. Mais lorsqu'en 1867 on voulut retoucher à la loi de 1856 dont les rigueurs, disait-on à tort ou à raison, faisaient obstacle au développement des entreprises sérieuses, les idées qui avaient longtemps prévalu touchant la tutelle imposée aux sociétés anonymes étaient notablement modifiées. On en était venu à penser qu'au fond l'intervention de l'autorité publique offrait peu ou point de garanties; qu'en tous cas, ces garanties étaient loin de compenser les graves inconvénients qui naissaient des difficultés sans nombre et des lenteurs inséparables du régime de l'autorisation. Et ce qu'on demandait assez généralement alors, c'est non plus, comme en 1838, la suppression de l'art. 38 du Code de commerce, c'est-à-dire de la faculté de diviser en actions le capital des commandites, mais

l'abrogation de l'art. 37, qui plaçait la société anonyme sous la tutelle de l'administration. On insistait même d'autant plus que déjà la loi du 23 mai 1863 (aujourd'hui fondue dans celle de 1867) avait fait un premier pas dans cette voie, en dispensant de l'autorisation certaines sociétés qui, sous la qualification *de sociétés à responsabilité limitée,* étaient de véritables sociétés anonymes. Le législateur céda donc au vœu de l'opinion, et la loi du 24 juillet 1867 déclara, par une disposition générale, que, désormais affranchies, les sociétés anonymes pourront se former sans l'autorisation du gouvernement (art. 21). Mais dès lors apparaissait la nécessité d'une réglementation qui, en même temps qu'elle pût parer aux dangers de la liberté illimitée, offrît aux actionnaires et aux tiers les garanties que jusque-là ils avaient cru trouver dans l'intervention de l'autorité publique. Et c'est ainsi que cette loi, en proclamant l'affranchissement des sociétés anonymes, a été amenée à étendre à ces dernières sociétés les mesures préventives et répressives qui dès l'abord n'avaient été prises qu'à l'encontre des commandites par actions.

855. Or, dans ces mesures précisément se résument et les conditions auxquelles est subordonnée aujourd'hui la constitution définitive des sociétés de capitaux en général, et les sanctions édictées pour en assurer l'observation. Elles sont prises sur le fait et au vu de la fraude que le législateur s'est attaché à saisir dans les formes sous lesquelles elle s'est le plus habituellement produite, soit avant, soit depuis la loi de 1856. Peu de dispositions, d'ailleurs, y ont suffi, parce que, comme il était dit dans l'Exposé des motifs de cette dernière loi, « si les stipulations et les ruses dont on fait usage sont variées, elles rentrent cependant dans un cercle assez étroit et se réduisent à quelques procédés qui, différant par les détails, sont au fond et en réalité les mêmes. L'exagération de la valeur des apports en nature; la distribution des actions d'après cette appréciation; la forme au porteur, qui donne une si dangereuse facilité pour se défaire d'actions mal acquises, et sans qu'on puisse suivre leurs traces dans les mains qui se les transmettent; la valeur nominale, rendue à peu près illusoire par la faculté de faire des versements minimes au moment de l'émission; la composition des conseils de surveillance, dans lesquels on entre soit par faiblesse, soit par calcul, souvent avec de mauvais desseins, presque toujours dans la pensée qu'aucune responsabilité n'est attachée aux fonctions qu'on accepte; enfin la distribution de dividendes fictifs pris sur le capital social, tantôt à l'insu des conseils de surveillance, tantôt de connivence avec eux : telles sont les manœuvres le plus fréquemment employées pour tromper le public. » La loi s'attaque à ces manœuvres, et, pour y obvier, elle dispose :

1° Que les sociétés, soit anonymes, soit en commandite, ne pourront pas émettre des actions ou des coupons d'actions au-dessous du taux qu'elle détermine (l. 24 juill. 1867, art. 1er et 24);

2° Que ces sociétés ne seront définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital social et le versement par chaque

actionnaire du quart au moins des actions par lui souscrites (mêmes articles);

3° Que les actions ou coupons d'actions, nominatifs en principe et non négociables avant le versement du quart, ne pourront être convertis en actions au porteur qu'autant qu'ils auront satisfait à des conditions spécialement déterminées (art. 2, 3 et 24);

4° Que les apports en nature et les avantages particuliers seront appréciés et approuvés par l'assemblée générale des actionnaires (art. 4 et 24).

5° Qu'il sera nommé par l'assemblée générale des actionnaires un conseil de surveillance pour chaque société en commandite par actions, et ce immédiatement après sa constitution; et que, pour chaque société anonyme, l'assemblée générale nommera les premiers administrateurs, ainsi que les commissaires, pour la première année (art. 5 et 25).

Tels sont, en y ajoutant quelques détails relatifs à ces dernières sociétés (le nombre minimum d'associés dont elles doivent être composées, et l'autorisation administrative dans les cas où elle reste encore nécessaire), les divers points que nous avons à étudier dans le présent article. Chacun d'eux fera l'objet d'un paragraphe distinct. Puis, dans un Appendice, nous rechercherons si ces conditions sont requises pour une *société* constituée dans les cas de prorogation, de fusion et de *transformation*.

§ Ier. — DIVISION DU CAPITAL SOCIAL ET TAUX DES ACTIONS.

SOMMAIRE.

I. 856. Minimum auquel est fixé le taux d'émission des actions. Motifs de la loi. — 857. Exception quant aux sociétés coopératives ou à capital variable. Renvoi. — 858. La loi a statué particulièrement en vue des sociétés anonyme et en commandite par actions. — 859. Mais elle ne statue que pour l'avenir.

II. 860. Du capital social : le rapport établi entre le capital statutaire et le taux d'émission des actions est indépendant des événements ultérieurs; exemples. — 861. Le capital social s'entend du fonds commun pris dans son ensemble; du cas où il est stipulé que le capital sera émis par séries successives, — 862. Et du cas où des apports qui constituent le fonds commun, il en est qui consistent en objets autres que du numéraire et ne sont pas évalués à une somme fixe. — 863. *Quid*, lorsqu'ils sont évalués, si l'évaluation est inférieure à la valeur réelle? — 864. Du cas où il est fait appel à un capital d'accroissement.

III. 865. Du taux des actions : le minimum établi par la loi ne s'applique pas aux obligations, — 866. Ni même aux actions qui ne font pas partie du capital, spécialement aux actions dites de *jouissance;* — 867. Mais il s'applique d'une manière générale à toute division du capital social, ainsi qu'aux actions de fondation, comme aux actions de capital; — 868. Aux actions sans expression de capital ou parts d'intérêt, comme aux actions avec expression de capital nominal. — 869. La règle est applicable aux coupons d'action aussi bien qu'à l'action elle-même. — 870. *Secùs* si, l'action fractionnée étant d'ailleurs régulière, il était entendu que les coupons ne seraient pas cédés divisément.

I. — 856. Au premier rang des conditions intrinsèques ou de fond es place le *minimum* obligatoire auquel est fixé le taux d'émission des actions ou des coupons d'actions. La loi du 24 juillet 1867 dispose que les sociétés, en commandite et anonyme, « ne peuvent diviser leur capital en actions ou coupons d'actions de moins de 100 francs, lorsque ce capital n'excède pas 200 000 francs; et de moins de 500 francs,

lorsqu'il est supérieur. » (Art. 1[er], § 1, et art. 24.) Il y avait lieu de penser que cette disposition, toute de protection, et d'ailleurs littéralement reproduite de la loi du 17 juillet 1856 (art. 1[er]) et de celle du 23 mai 1863 (art. 3), serait admise sans difficulté. Elle fut pourtant très-vivement attaquée dans la discussion de 1867, comme contraire au principe de la liberté des conventions. Quelle peut être, disait-on, la raison logique, la raison économique, qui détermine le législateur à intervenir dans une stipulation aussi minime que celle de la découpure des actions? Admettez-vous qu'un gérant estime qu'à raison des temps, des circonstances, de la nature de son industrie, il lui serait extrêmement utile de faire descendre la coupure de ses actions au-dessous de 100 francs? Pourquoi donc y faire obstacle? Pourquoi créer des dispositions qui ne sont remarquables que par leur parallélisme? Ne parlez pas de telle ou telle forme, de telle ou telle coupure d'actions; c'est l'acte et sa moralité qui doivent être jugés (1). Un seul mot répond à ces critiques, et il a été dit par avance dans la discussion dont fut précédée la loi de 1856, à laquelle est emprunté le minimum obligatoire des actions ou coupures d'actions. Si ce minimum fut admis alors, ce fut précisément pour mettre un terme aux scandales, aux abus honteux qu'avait amenés la liberté absolue laissée jusque-là aux fondateurs de sociétés de diviser le capital social à leur guise. Il y avait eu des sociétés dont les coupures étaient de 25, de 15, de 10, de 5 francs, même de 1 franc. Ainsi réduites, ces actions, véritables billets de loterie, étaient adressées à cette partie de la population qui est la moins instruite et la plus accessible aux entraînements (2). « Elles étaient faites pour s'introduire dans les plus petites bourses, celles précisément pour lesquelles les pertes sont le plus cruelles; elles étaient préparées pour s'emparer des modestes économies qui, au lieu de se hasarder dans les périls de la spéculation, doivent aller s'accumuler dans les caisses d'épargne. » (3) Certes, il appartient à la loi de veiller à la protection de ces intérêts, et, dans cette vue, de soumettre les actions à un minimum qui, s'il ne fait pas obstacle à toutes les spéculations, peut faire au moins que la spéculation n'atteigne pas l'épargne de ceux qui, par leur position sociale, ne sont pas suffisamment en mesure d'en apprécier les dangers. Et quoi qu'on en dise, les droits et les libertés du commerce restent complétement sauvegardés, aucun intérêt véritablement sérieux ne réclamant que le capital d'une société soit divisé en coupures inférieures à cent francs.

857. La loi a donc justement disposé en maintenant la division du capital social en actions ou coupons d'actions de 100 ou de 500 fr. au moins, suivant que ce capital est inférieur ou supérieur à 200 000 fr. (4).

---

(1) Voy. les observations de MM. Jules Favre, Émile Ollivier, Ernest Picard, Garnier-Pagès, Haentjens, dans le Compte rendu de la discussion publié par M. Louis Tripier (t. I, p. 350, 368, 386 et suiv.).

(2) Rapport de la commission du Corps législatif, par M. J. Langlais, député de la Sarthe.

(3) Exposé des motifs de la loi du 17 juillet 1856.

(4) Le principe a été admis en Allemagne par la loi du 11 juin 1870, qui fixe deux taux différents d'émission, l'un de 100 thalers pour l'action au porteur, l'autre de

Mais, remarquons-le, la règle est générale pour les sociétés de capitaux; elle n'est pas absolue. Le législateur en excepte formellement les sociétés coopératives ou à capital variable dont, aux termes de l'art. 50 de la loi du 24 juillet 1867, les actions ou coupons d'actions peuvent être émis au taux de 50 francs. « Dans les sociétés coopératives, a dit M. de Forcade la Roquette dans la discussion, l'action au porteur est interdite. Voilà pourquoi l'action peut tomber au-dessous de 100 francs sans difficulté. Quand y a-t-il danger? C'est lorsqu'il y a à la fois petite coupure et action au porteur; mais si l'action n'est pas au porteur, si elle est nominative, si elle n'est transférable que dans certaines conditions, alors l'inconvénient disparaît. Pour les actions au porteur qui se transmettent sans garantie, qui se passent de main en main, nous demandons qu'elles ne tombent pas au-dessous de 100 francs. Dans les sociétés coopératives, on autorise des coupures de 50 francs, et on admet que la société soit constituée avec le versement d'un dixième, parce que, dans la société coopérative, l'action est nominative. » (1) Le capital, dans ces sociétés, étant susceptible d'augmentation par des versements successifs, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports (l. 24 juill. 1867, art. 48), on s'est demandé si des actions pourraient être émises à 50 francs, dans une société dont le capital pourrait être augmenté, mais ne pourrait en aucun cas être diminué. La *Cour de Lyon* s'est prononcée pour la négative, estimant que l'absence de cette faculté de diminuer le capital corrélativement à la faculté de l'augmenter place la société en dehors des règles spéciales aux sociétés à capital variable (2). Toutefois, nous réservons la question, d'ailleurs fort délicate, pour y revenir dans le titre suivant, où nous traitons de l'organisation et du fonctionnement des diverses espèces de sociétés.

858. C'est donc particulièrement en vue des sociétés anonymes et des commandites par actions que l'émission des actions et des coupons d'actions est fixée au taux minimum de 100 ou de 500 francs. Mais ce minimum est obligatoire pour ces sociétés, même si leurs actions devaient rester toujours nominatives. La loi ne distingue pas, en effet, et la discussion qui l'a précédée est exclusive de toute distinction. Car un membre du Corps législatif, s'autorisant des explications fournies par M. de Forcade, demanda que toute liberté fût laissée aux fondateurs de diviser le capital social à leur guise et d'émettre des actions même au-dessous de 100 francs, dans le cas où il serait convenu que les actions ne cesseraient pas d'être nominatives (3). Or, la proposition ne fut pas accueillie. Le texte voté subsiste donc dans sa généralité; et il est vrai

---

50 thalers pour l'action nominative. Mais la loi belge du 18 mai 1873 a voulu ne rien régler à cet égard. Elle se borne à dire « que les actions peuvent être divisées en coupures qui, réunies en nombre suffisant, confèrent les mêmes droits que l'action, et que les actions et les coupons portent un numéro d'ordre. » (Art. 35 et 76.) La loi ne dit rien quant au taux d'émission, et, par conséquent, elle laisse les parties libres de le fixer à leur guise. (Voy. le *Comm. lég. et doct.* de M. Waelbroeck sur l'art. 35, n° 4.)

(1) Voy. M. Tripier (*loc. cit.*, p. 396 et 397).

(2) Lyon, 12 janv. 1872 (Dall., 72, 2, 175; *J. Pal.*, 1873, p. 320; S.-V., 72, 2, 175).

(3) Voy. les Observations de M. Ernest Picard (Tripier, t. I, p. 397 et suiv.).

de dire que, soit qu'elles doivent rester nominatives, soit qu'elles puissent être converties en actions au porteur, les actions des sociétes en commandite et celles des sociétés anonymes ne peuvent être émises au-dessous du minimum fixé par la loi.

859. Mais, même en ce qui concerne ces sociétés, la loi ne dispose que pour l'avenir; elle ne saurait avoir d'effet rétroactif. La Cour de cassation a jugé *in terminis* qu'une émission d'actions faite par une société en commandite constituée peu avant la loi du 17 juillet 1856 n'était pas soumise à l'application des art. 1 et 11 de cette loi, qui défendent de diviser le capital des sociétés en actions ou coupons d'actions de moins de 500 francs lorsque ce capital excède 200 000 francs (1). Cela s'induit encore d'un arrêt de la Cour de Paris, qui décide qu'une société dans laquelle vient se fusionner une autre société ne forme pas nécessairement une société nouvelle; qu'elle subsiste dans les mêmes conditions nonobstant quelques modifications introduites dans ses statuts, alors que sa raison sociale, son objet, sa durée et son capital sont restés les mêmes; que dès lors, si une telle société était antérieure à la loi du 17 juillet 1856, la fusion survenue depuis ne l'avait pas soumise aux prescriptions nouvelles établies par cette loi (2). L'arrêt, d'ailleurs, fait pressentir que si la fusion de plusieurs sociétés ne forme pas nécessairement une société nouvelle, il est possible, cependant, qu'en fait et selon les circonstances, une société nouvelle en résulte. S'il en était ainsi, il faudrait dire, au contraire, que la fusion opérée après la promulgation de la loi nouvelle aurait pour effet, ainsi que la Cour de Paris l'avait reconnu elle-même par un arrêt antérieur, de rendre obligatoire, pour la société résultant de la fusion, l'accomplissement des conditions auxquelles cette loi a subordonné la constitution définitive des sociétés par actions (3). Ainsi, elle ne pourrait pas émettre ses actions au-dessous du taux légal, la division du capital social d'après les bases posées par la loi étant l'une de ces conditions.

II. — 860. Cette condition, qu'il convient maintenant d'étudier après ces observations préliminaires, se résume en une proportion établie entre le capital social et la valeur attribuée aux actions créées pour opérer la division de ce capital. Le législateur saisit le moment où la société se forme, et il entend que lorsque le capital social, fixé à ce moment par les fondateurs eu égard aux besoins de l'entreprise, n'excède pas 200 000 francs, la valeur attribuée aux actions émises ne descende pas au-dessous de 100 francs, et qu'elle soit de 500 francs au moins, lorsque le capital social est fixé à plus de 200 000 francs. Si cette proportion est exactement gardée, il est satisfait à la loi, et de ce chef il ne peut y avoir rien à reprendre, quels que soient les événements ultérieurs. Ainsi, une société fondée au capital d'un million a

(1) Rej., 29 mars 1864 (*J. Pal.*, 1864, p. 1250; S.-V., 64, 1, 489; Dall., 65, 1, 59). — *Junge :* Rej., 26 mai 1869 (Dall., 69, 1, 401; S.-V., 70, 1, 79; *J. Pal.*, 1870, p. 163).
(2) Paris, 21 août 1860, rapporté avec Rej. crim., 8 févr. 1861 (*J. Pal.*, 1862, p. 346).
(3) Paris, 24 mars 1859 (Dall., 59, 2, 146; S.-V., 59, 2, 437; *J. Pal.*, 1859, p. 365).

émis des actions à 500 francs; mais au cours des opérations sociales il arrive que les actions sont dépréciées et descendent à 300 francs; il n'importe : les actions ont été émises conformément aux prescriptions de la loi, cela suffit, le taux d'émission étant seul à considérer. Au contraire, si la règle du minimum légal n'est pas observée, l'émission est irrégulière, et les événements ultérieurs n'y sauraient rien changer. Par exemple, un capital social de 400 000 francs a été divisé en coupures de 100 francs, et l'entreprise ayant mal tourné, le capital s'est trouvé bientôt réduit de plus de moitié; l'émission n'en reste pas moins irrégulière, car si les actions sont en rapport maintenant avec le capital diminué par suite de l'insuccès des opérations sociales, toujours est-il qu'elles n'étaient pas en rapport avec le capital tel qu'il a été fixé par les statuts; or, c'est eu égard au capital statutaire que la division doit être opérée.

861. Ce capital statutaire doit être pris dans son ensemble pour la détermination du taux d'émission des actions. Et cet aperçu doit servir à résoudre la difficulté qui s'est présentée dans le cas où, après avoir fixé le capital social à une somme plus ou moins élevée, les statuts stipulent qu'une portion seulement de ce capital sera émise d'abord, sauf à émettre le surplus ultérieurement et à mesure que les besoins sociaux rendront de nouvelles émissions nécessaires. Dans ce cas, à supposer qu'il puisse se présenter encore aujourd'hui, et que la loi nouvelle n'y fasse pas obstacle, ce que nous examinerons bientôt (voy. *infrà*, n° 887), ce serait incontestablement d'après la somme totale du capital social, et non pas d'après le chiffre des émissions successives, que devrait être réglé le taux des actions. Ainsi, une société s'est formée au capital de 500 000 francs, avec stipulation qu'il sera émis d'abord seulement une série de 100 000 francs, sauf à émettre plus tard et successivement quatre séries également de 100 000 francs chacune. Si le taux en était mesuré au montant des émissions successives, les actions pourraient, en ce cas, être créées à 100 francs. Mais chacune de ces émissions ne représente qu'une partie du capital social. Par cela même, elle ne saurait être prise pour base dans le règlement de la valeur des actions, car c'est au capital lui-même, c'est-à-dire au capital pris dans son ensemble et dans les éléments soit actuels, soit éventuels qui le constituent, que la loi se réfère lorsqu'elle détermine ce taux minimum auquel elle soumet les actions. Donc, dans l'hypothèse donnée, les actions ne pourraient pas être créées au-dessous du taux de 500 francs.

862. Ce qui constitue le capital que la loi a en vue, c'est la somme totale des apports faits à la société, soit que ces apports consistent en argent, soit qu'ils se composent de biens ou d'objets autres que du numéraire. Seulement, il peut arriver que le fonds commun, composé à la fois d'argent et de biens en nature, ne soit pas totalisé et précisé en une somme fixe dans les statuts. Dans ce cas, si les apports ont été évalués et fixés à une somme d'argent, rien ne sera plus simple que d'établir le montant exact du capital, et par là de reconnaître à l'in-

stant si la valeur attribuée aux actions satisfait à la règle du minimum : chaque associé devant recevoir un certain nombre d'actions, eu égard à son apport, il suffira, comme le dit M. Duvergier, d'additionner les sommes représentées par toutes les actions remises ou à remettre aux associés présents et futurs (1). Mais il se peut que les apports ne soient pas évalués à une somme fixe, qu'au lieu d'estimer les apports en argent, on les estime par la simple indication du nombre d'actions auquel chacun d'eux donne droit. Dans ce cas, nous pensons, avec MM. Beslay et Lauras, qu'il appartient aux tribunaux de faire l'évaluation. Le juge recherchera donc, en assignant une valeur aux objets apportés en nature à la société et en y ajoutant le montant des apports en numéraire, ce qu'est le fonds social dans son ensemble, et il décidera en conséquence : ainsi, le montant total de l'évaluation et des apports en argent donne-t-il un chiffre supérieur à 200 000 francs, il déclarera l'émission irrégulière si les actions ont été créées au-dessous de 500 francs (2).

863. Mais nous nous séparons de ces auteurs sur un autre point qui se rattache au précédent. Ils supposent qu'une société s'étant fondée avec un capital formé principalement de biens en nature, les fondateurs déprécient sciemment ce capital dont la valeur excède 200 000 francs, et l'estiment au-dessous pour pouvoir émettre des actions inférieures à 500 francs; et ils pensent que, dans ce cas, l'émission ne doit pas être condamnée comme irrégulière. « Si le capital réel, disent-ils, est supérieur en valeur au capital nominal, c'est un avantage considérable pour les actionnaires. Pourquoi le législateur interviendrait-il afin de punir une pareille combinaison?... N'est-il pas certain que l'abaissement de l'action au-dessous du taux légal n'offre ici aucun inconvénient? Pourquoi donc la loi chargerait-elle le juge de condamner en pareil cas un arrangement qui ne fait de tort ni à aucune des parties contractantes, ni aux tiers?... » (3) Ainsi, voilà une combinaison imaginée en vue de tourner la disposition de la loi relative au minimum obligatoire, et l'on demande où est le tort et pourquoi le juge aurait à intervenir! Mais le tort est dans la combinaison elle-même, puisqu'elle aboutit à une flagrante violation de la loi; et l'action ou l'intervention du juge se justifie par l'intérêt social, puisqu'il importe avant tout que la loi soit obéie et que toute violation, directe ou indirecte, soit réprimée. Donc, quand même il serait vrai que l'arrangement supposé ne pût faire de tort à personne, le juge n'en devrait pas moins, substituant son évaluation à celle des parties, rétablir les choses dans leur vérité, et déclarer par suite que les actions n'étant pas en rapport avec le capital effectif et réel de la société, l'émission en a été irrégulièrement faite.

864. Autre hypothèse. Une société s'est constituée au capital de 200 000 francs et, conformément à la prescription de la loi, elle a émis ses actions à 100 francs. Mais à peine constituée, elle décide que

(1) M. Duvergier (*Coll. des lois*, t. LVI, p. 336).
(2) Voy. MM Beslay et Lauras (sur l'art. 1er de la loi de 1867, n° 79).
(3) Id. (loc. cit., nos 81 et suiv.).

son capital sera augmenté et porté à 500 000 francs : dès lors ses actions anciennes ne sont plus en rapport avec le capital social ainsi augmenté. En thèse, une telle combinaison ne saurait non plus être tolérée; car elle fournirait aux fondateurs de société le moyen le plus facile d'éluder la loi. Il leur suffirait de réduire le capital primitif pour se ménager la possibilité de créer des actions à 100 francs et de recourir immédiatement après la constitution de la société à un capital d'accroissement sous prétexte que les événements survenus depuis ont rendu l'augmentation nécessaire. Cela ne saurait être admis, et la raison même indique qu'il y aurait lieu, dans ce cas, de considérer le capital d'accroissement comme ne faisant qu'un avec le capital de fondation, et de décider, en conséqueuce, qu'eu égard au fonds total, lequel, dans son ensemble, est de 500 000 francs, l'émission primitive faite au taux de 100 francs a été irrégulière.

Toutefois, cette combinaison n'est pas à condamner aussi absolument que la précédente. Il se peut, en effet, que le capital primitif, fixé de très-bonne foi à 200 000 francs eu égard aux besoins probables de la société, soit devenu insuffisant par la suite, et que des événements imprévus aient rendu l'augmentation nécessaire. Dans ce cas, évidemment, l'émission primitive à 100 francs resterait régulière, et les actions anciennes pourraient être maintenues à ce taux *d'émission* bien qu'en définitive le capital social se trouvât élevé au-dessus de 200 000 francs. Le capital d'accroissement se distingue ici du capital primitif, et comme il a été appelé sans fraude et sans aucune pensée d'éluder les dispositions de la loi relative au taux des actions, sa formation ne saurait avoir pour effet d'invalider l'émission régulièrement faite à l'origine. Il y a donc ici une question de fait et d'appréciation pour le juge, qui devra se décider d'après les circonstances. « Si, entre les deux conventions successives (l'émission primitive et l'appel du capital d'accroissement), la société n'a pas fait d'opérations sérieuses, dit M. Duvergier ; s'il s'est écoulé peu de temps entre l'une et l'autre; si l'on ne peut pas indiquer les événements imprévus, les causes inattendues qui ont rendu nécessaire le changement opéré, et l'accroissement du capital social au-dessus de la limite de 200 000 francs, les tribunaux n'hésiteront pas à décider qu'il y a violation de la loi. » (1) Au contraire, si les circonstances les amènent à reconnaître que tout a été loyal, que l'augmentation a été déterminée non par une pensée de fraude, mais par la nécessité de satisfaire à des intérêts sérieux et dûment constatés, ils décideront que la constitution primitive a été régulière et que l'état nouveau doit rester sans influence sur le passé.

III. — 865. De ces observations sur le capital, nous passons aux actions pour préciser quelles sont les coupures auxquelles s'applique le minimum de 100 ou de 500 francs établi par la loi.

A cet égard, il faut tout d'abord rappeler cette idée que la condition

(1) M. Duvergier (*Coll. des lois*, p. 334).

dont nous nous occupons se résume en une proportion établie entre le capital social et la valeur des actions qui sont le fractionnement de ce capital. De là cette conséquence qu'une coupure ne peut être soumise à la règle du minimum qu'autant que la valeur dont elle est la représentation fait partie du capital. Ainsi, le minimum ne s'applique pas au taux des obligations : à la différence de l'action, qui constitue un droit de copropriété dans le fonds social, l'obligation donne à l'obligataire un simple droit de créance contre la société. Elle peut donc être émise à 500 francs quand l'action peut n'être que de 100 francs, ou à 300 francs et au-dessous même si l'action doit être de 500 francs au moins. « La loi, a dit le ministre du commerce répondant à une interpellation, ne règle pas le chiffre des obligations. C'est un point qui est abandonné à la liberté des conventions... Il n'y a pas de spéculation sur les obligations, parce qu'elles ont un intérêt fixe... » (1)

866. Ainsi encore, le minimum ne serait pas applicable non plus aux actions dites de *jouissance*. Ces actions, pas plus que les obligations, ne donnent droit à une part quelconque dans les résultats définitifs de la société; elles ont droit seulement à une part proportionnelle dans les bénéfices périodiques de la société. Les auteurs, cependant, ne sont pas unanimes sur ce point. Pour les titres qualifiés actions de jouissance, pas plus que pour tous autres, disent notamment MM. Mathieu et Bourguignat, « il n'est licite de stipuler qu'ils pourront être divisés en fractions inférieures au taux que comporte le capital social. La loi a voulu mettre obstacle à l'agiotage sur tous les titres des sociétés par actions indistinctement; or les actions de jouissance présenteraient, à ce point de vue, autant de dangers que les actions de capital. De celles-là, non plus que des autres, il ne saurait être permis de faire ce que le rapporteur de la loi de 1856 appelait spirituellement des billets de loterie. » (2) Toutefois, cette raison n'est rien moins que décisive. Sans doute, la pensée de la loi a été de mettre obstacle à l'agiotage, et surtout de protéger les petits capitaux contre les dangers de la spéculation à laquelle ils étaient sollicités par l'offre de coupures infimes. Mais est-ce que ces motifs trouvent ici leur application? Pense-t-on sérieusement que l'agiotage et la spéculation soient bien tentés par des titres aussi ouvertement aléatoires que les actions de jouissance? Et croit-on que le petit capitaliste se laissera facilement aller à livrer son pécule pour une action qui, n'ayant droit qu'à une part proportionnelle de bénéfices, ne lui donnera rien en retour du capital qu'il aura aliéné, si des bénéfices ne sont pas réalisés par la société?... Évidemment, les inconvénients et les dangers ne sont, dans aucune mesure, pour les actions de jouissance, ce qu'ils sont pour les actions ordinaires. Le législateur n'avait donc pas à y étendre ses prévisions... Et, de fait, son attention ne s'y est pas portée. Car vainement dirait-on que la loi ne distingue pas entre les deux natures d'actions. La vérité

(1) Voy. M. Tripier (t. I, p. 399 et 400).
(2) Voy. MM. Mathieu et Bourguignat (*Comm. de la loi de 1867*, n° 9 et note 2 sur le n° 182). *Junge* : M. Duvergier (*Coll. des lois*, t. LVI, p. 336).

est, au contraire, que la distinction résulte très-nettement du texte. Il s'occupe, en effet, de la division *du capital :* les sociétés, dit-il, ne pourront diviser *leur capital* en actions ou coupons d'actions de moins de 100 ou de 500 francs. Par cela même, il n'a pas en vue et il exclut les actions de jouissance, qui ne sont nullement des divisions du capital (1).

867. Mais dès qu'il s'agit d'actions faisant partie du capital social, le minimum de 100 ou de 500 francs s'impose comme règle générale. Ainsi en est-il évidemment des actions de capital, c'est-à-dire de celles qui sont représentées par des valeurs autres que du numéraire, et de celles qui sont soldées en argent et qu'on appelle parfois actions *payantes,* parce que le montant en doit être payé soit immédiatement pour le tout, soit en versements partiels et successifs. Ainsi en est-il également des actions de fondation, c'est-à-dire de celles qui sont remises comme actions libérées aux fondateurs ou à d'autres en retour de leurs apports ou des avantages par eux concédés à la société, et sur le montant desquelles aucune somme n'est versée ou à verser.

868. Du reste, la loi s'est attachée à la valeur effective et *réelle* des titres remis ou à remettre aux actionnaires, et elle a posé une règle qui les gouverne d'une manière générale. Elle doit donc être appliquée quelle que soit la dénomination sous laquelle apparaissent ces titres, et *soit que leur* valeur réelle ait été ou n'ait pas été exprimée. En vain imaginerait-on de donner à l'action la qualification de *part d'intérêt,* en évitant d'en indiquer la valeur. La règle n'en devrait pas moins être appliquée, s'il était reconnu que la valeur, non exprimée, de cette part d'intérêt est inférieure, en réalité, au taux que comporte le capital social. Ainsi, une société s'est constituée au capital de 300 000 francs divisés en 1 500 parts d'intérêt sans autre indication. On aperçoit immédiatement, en rapprochant ces deux chiffres, qu'à chacune de ces 1 500 parts d'intérêt correspond une somme de 200 francs. Or cette somme n'est pas dans le rapport voulu par la loi avec le capital social, lequel, étant de 300 000 francs, comporte des actions qui, d'après la loi, doivent être de 500 francs au moins. Il y a donc là, sous un déguisement, une violation de la loi, non moins flagrante que si la part d'intérêt avait reçu ouvertement du titre lui-même la qualification d'action de 200 francs.

869. La règle du minimum obligatoire est applicable au coupon d'action comme à l'action elle-même d'après le texte positif et très-précis de la loi. C'était, d'ailleurs, une nécessité même des choses. Il est évident en effet que, voulant chasser du marché ces coupures infimes dont il avait été fait le plus déplorable abus, la loi eût manqué le but si elle n'avait pas soumis le coupon d'action aux mêmes conditions que l'action, quant au taux d'émission. Rien n'eût été fait contre l'abus

(1) Voy., en ce sens, MM. Romiguière (sur la loi de 1856, art. 1er, nos 11 et 12); Rivière (sur l'art. 1er de la loi de 1867, no 13); Ameline (*Rev. prat.*, t. XXIV, p. 347); Bédarride (sur l'art. 1er, loi de 1867, no 7); Beslay et Lauras (*op. cit.*, nos 89 et suiv.); Alauzet (t. I, no 446).

dont on voulait prévenir le retour si les fondateurs, obligés d'émettre leurs actions à 100 ou à 500 francs au moins, avaient été libres, après la division du capital, de le subdiviser en coupons d'une moindre valeur. Le législateur leur enlève ce moyen trop facile d'échapper à la règle en disposant expressément que le coupon d'action est, aussi bien que l'action, soumis au minimum de 100 ou de 500 francs. Ce n'est pas à dire pourtant que la loi soit contraire au procédé du fractionnement, qui peut avoir sa grande utilité en ce qu'il facilite la négociation des actions. Seulement, elle entend que le titre offert au public, action ou coupon d'action, ne descende jamais au-dessous du minimum obligatoire. Ainsi, une société constituée au capital de 200 000 francs et dont par conséquent les actions ne peuvent être de moins de 100 francs, sera libre sans doute de subdiviser ses actions en coupons. Mais elle ne le pourra faire qu'autant que les actions auront été créées à un taux excédant le *minimum* légal, et assez élevé pour que les coupons puissent n'être pas au-dessous de ce minimum, par exemple à 200, 300, 400 francs, suivant que l'action serait fractionnée en deux, trois, quatre coupons.

870. Toutefois, des coupons de moindre valeur ne seraient pas en contravention aux dispositions de la loi si l'action fractionnée, étant d'ailleurs régulière, il était entendu que les coupons ne seraient *émis* qu'en nombre, et de manière à former ensemble le montant de cette action. La Cour de cassation a statué dans ce sens par un arrêt rendu dans un cas analogue (1). Dans l'espèce, une société en commandite par actions s'était formée au capital de 6 millions divisés en 16 000 actions de 375 francs chacune. La constitution était antérieure à la loi du 17 juillet 1856, qui, la première, a réglementé le taux des actions. Mais postérieurement à cette loi, et en 1861, l'assemblée générale, usant de la faculté réservée par les statuts d'augmenter le capital social, décide, par délibération spéciale, que les anciennes actions, au capital nominal de 375 francs, seraient converties en parts d'intérêt, sans expression d'aucun capital, et qu'il serait créé 4,800 parts nouvelles d'intérêt qui devraient être émises à 125 francs la part, avec la double condition : 1° qu'elles ne seraient émises que par groupes de cinq parts comprises dans un seul titre, chacun de ces titres représentant ainsi 5/20800 du fonds social; 2° que les titres ainsi créés seraient indivisibles à l'égard de la compagnie, et que la valeur n'en pourrait être fractionnée. Cette combinaison, que le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris avaient successivement maintenue contre les attaques dont elle avait été l'objet de la part de quelques actionnaires, fut critiquée devant la Cour de cassation comme impliquant violation de l'art. 1er de la loi de 1856, en ce que les 4 800 nouvelles parts sociales avaient été créées au prix de 125 francs, alors qu'elles formaient un capital supérieur à 200 000 francs, lequel par conséquent ne pouvait être divisé en actions de moins de 500 francs.

---

(1) Voy. l'arrêt de rejet du 29 mars 1864, cité plus haut, sous le n° 859.

Mais la Cour ne s'est pas arrêtée à ces critiques; elle a justement décidé « que l'émission de titres uniques et indivisibles contenant chacun un groupe de cinq parts d'actif social, lesquelles ne portent aucune expression de capital nominal, et sont, d'après les circonstances de l'espèce, évaluées chacune à 125 francs, ne saurait être assimilée à une émission de titres inférieurs à 500 francs. » Il faut dire de même, dans notre espèce, que la subdivision d'une action en coupons d'une valeur inférieure au taux légal, n'a rien de contraire à la loi, lorsque ces coupons sont stipulés cessibles en groupes représentant ensemble la valeur nominale de l'action, et ne peuvent être cédés divisément.

§ II. — DE LA SOUSCRIPTION DU CAPITAL ET DU VERSEMENT DU QUART.

SOMMAIRE.

I. 871. Les sociétés par actions ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital et le versement par les actionnaires du quart au moins des actions souscrites. — 872. Motifs de la loi. — 873. De la constatation de l'accomplissement de ces conditions : renvoi.

II. 874. Les deux conditions sont imposées dans ces termes aux sociétés anonyme et en commandite par actions; modification eu égard aux sociétés coopératives ou à capital variable : renvoi. — 875. Mais l'application de la loi doit être faite sans effet rétroactif; par suite, la souscription préalable du capital et le versement du quart ne peuvent être exigés que des sociétés anonyme ou en commandite fondées sous l'empire de la loi par laquelle ces conditions ont été établies. — 876. C'est le capital de fondation que la loi a en vue, d'après ses termes; elle ne doit donc pas être étendue aux augmentations de capital, au moins quand l'augmentation est prévue et autorisée par les statuts de la société : controverse. — 877. Résumé et transition aux observations spéciales à chacune des deux conditions.

III. 878. *Souscription du capital en totalité.* Objet de cette première condition. — 879. Elle est exigée à la fois dans l'intérêt des actionnaires eux-mêmes et dans l'intérêt des tiers.

IV. 880. La souscription constitue un contrat synallagmatique qui n'est parfait que par l'existence certaine et le concours des volontés. — 881. Elle doit être pure et simple, et ne peut être faite sous condition. — 882. L'engagement qui en résulte est irrévocable et définitif; dès lors la clause qui réserverait à un actionnaire la faculté de se libérer de son engagement en abandonnant les sommes qu'il aurait versées serait sans valeur. — 883. De même serait nulle toute convention faite avec le gérant qui aurait pour résultat d'affranchir un actionnaire de l'obligation de verser sa mise ou de lui rembourser la mise effectuée. — 884. Transition.

V. 885. La souscription doit être dégagée de toute réserve qui, directement ou indirectement, pourrait avoir pour effet de réduire le capital. — 886. Si elle n'est pas intégrale, les fondateurs n'ont pas le droit de réduire le capital au montant des actions réellement souscrites. — 887. De l'émission du capital social par séries successives. — 888. De l'usage des actions de prime.

VI. 889. *Versement obligatoire.* Objet de la loi. — 890. Ce versement est fixé par la loi au quart au moins des actions souscrites; dès lors les statuts pourraient le porter au-dessus, jamais au-dessous. — 891. Cette deuxième condition est liée à la première, mais pas tellement que les deux doivent être accomplies simultanément. — 892. Le versement obligatoire a pour objet d'obliger le souscripteur; en conséquence, c'est le quart non du capital social, mais de chaque action, qui doit être versé. — 893. *Secùs* en ce qui concerne les actions représentant des apports en nature.

VII. 894. Le versement doit être réel et effectif; cependant il peut être fait autrement qu'en numéraire proprement dit. — 895. Mais non en valeurs de portefeuille, — 896. Ni en factures, en mémoires de fournitures ou de travaux, ou autres titres analogues non susceptibles d'opérer libération. — 897. Au contraire, le versement peut être fait par voie de compensation légale.

I. — 871. La société en formation a fixé le chiffre de son capital social, elle l'a divisé en actions émises au taux réglé par la loi : peut-elle commencer ses opérations? Non : elle n'est pas constituée encore et ne peut l'être définitivement qu'après la souscription de la totalité du capital social et le versement, par chaque actionnaire, du quart au moins des actions par lui souscrites. La loi du 17 juillet 1856 en avait disposé ainsi pour les sociétés en commandite par actions dont elle s'occupait exclusivement; celle du 23 mai 1863 avait reproduit la disposition pour les sociétés qu'elle organisait spécialement sous le titre de *Sociétés à responsabilité limitée;* la loi du 24 juillet 1847, par laquelle les deux précédentes sont aujourd'hui remplacées, a repris la disposition et en a fait la règle commune des commandites par actions et des sociétés anonymes (art. 1er, § 2, et art. 24) (1).

872. En ceci encore, il s'est agi pour le législateur de détruire l'usage abusif qui, à la faveur de la liberté laissée aux fondateurs de sociétés par actions, s'était introduit sous l'empire du Code de commerce. Certes, on aurait bien pu alors s'astreindre à l'obligation d'attendre, pour commencer les opérations sociales, que le capital, c'est-à-dire ce qui constitue la base même et le crédit des sociétés par actions, *fût* souscrit en totalité; et c'est à quoi ne manquaient pas les fondateurs des sociétés sérieuses et solides. Mais il en était autrement quant à celles qui, en trop grand nombre, étaient établies dans une pensée non de spéculation honnête, mais de pur trafic et de jeu. On se présentait au public comme fondateur d'une société pour l'exploitation de telle ou telle industrie, ou d'une idée plus ou moins mûrie; on déclarait que la société serait constituée provisoirement dès qu'un certain nombre d'actions serait souscrit; on poussait à souscrire en ne demandant, au moment de la souscription, que le versement d'une somme modique sur chaque action, et si le moyen ne suffisait pas, on simulait, à l'aide de signatures de complaisance, des souscriptions qui, annoncées à grand bruit par toutes les voix de la publicité, faisaient croire à la vogue et excitaient d'autant plus les retardataires. Puis, dès que quelques fonds étaient encaissés, la société était mise en mouvement; et lorsque les opérations commencées ne pouvaient pas être continuées parce qu'à défaut d'un nombre suffisant de souscripteurs sérieux la constitution définitive de la société n'était pas possible, on se bornait à le déclarer; les sommes versées avaient servi à payer le traitement que les fondateurs s'étaient alloué, les frais de la publicité qu'ils avaient faite autour de leur entreprise mort-née, les primes et les commissions qu'ils avaient dû payer, etc.; en sorte que les souscripteurs crédules qui avaient répondu à l'appel venaient à une liquidation désastreuse pour reconnaître qu'ils n'avaient rien absolument à reprendre des

(1) La loi belge du 18 mai 1873 exige également, pour la constitution définitive des sociétés anonymes ou en commandite, que le capital social soit intégralement souscrit. Mais en ce qui concerne le versement obligatoire, qu'elle admet aussi, elle se montre moins exigeante que la loi française; elle demande seulement le versement *du vingtième au moins du capital consistant en numéraire* (art. 29 et 76).

sommes qu'ils avaient versées. C'est contre de telles manœuvres et pour en prévenir le retour que sont édictées les dispositions dont nous avons à nous occuper maintenant. En subordonnant la constitution définitive des sociétés par actions à la condition que le capital social soit souscrit en totalité, la loi assure autant qu'il est en elle l'avenir de la société qu'elle prémunit contre les dangers d'une trop grande précipitation dans la mise en œuvre de l'entreprise sociale. En imposant ensuite cette autre condition du versement par chaque actionnaire du quart au moins du montant des actions par lui souscrites, elle garantit les intéressés contre l'éventualité des signataires de complaisance; elle assure à la société un capital suffisant pour s'engager dans l'œuvre commune; elle lui amène des actionnaires sérieux, tous intéressés au succès, et donne à chacun d'eux l'assurance que ses fonds, à quelque époque qu'il les ait versés, seront employés dans un intérêt commun, comme et avec ceux des autres actionnaires.

873. Dans cet ordre d'idées, il y a une troisième condition qui se lie aux deux précédentes : elle est imposée par les derniers paragraphes de l'art. 1er de la loi de 1867 et le § 2 de l'art. 24, d'après lesquels la souscription du capital et le versement du quart doivent être constatés, en la forme déterminée, par une déclaration soit du gérant pour les sociétés en commandite par actions, soit des fondateurs pour les sociétés anonymes. Mais c'est là une condition de forme ou extrinsèque; elle est dès lors étrangère au présent chapitre, qui a pour objet les conditions de fond ou intrinsèques; nous y reviendrons au chapitre suivant. Quant à présent, nous nous occuperons seulement de la souscription du capital et du versement du quart.

Notons d'abord quelques points communs aux deux conditions avant de les étudier distinctement l'une et l'autre.

II. — 874. En ceci, comme par rapport au taux d'émission des actions (*suprà*, n° 857), la loi de 1867 a posé des règles qui, toutes générales qu'elles soient pour les sociétés par actions, ne s'étendent pas cependant, dans leurs termes absolus, aux sociétés coopératives ou à capital variable. Nous verrons, dans le titre suivant, qu'au moins en ce qui concerne la quotité du versement obligatoire, la règle posée dans le § 2 de l'art. 1er est sinon abandonnée, au moins restreinte et tempérée en faveur de cette espèce de société : le versement peut n'être que du dixième aux termes de l'art. 51.

875. En outre, en ce qui concerne la souscription du capital et le versement du quart, aussi bien que par rapport au taux d'émission des actions (*suprà*, n° 859), la loi n'a pas d'effet rétroactif. Elle ne peut donc être appliquée à des sociétés dont la formation serait antérieure aux lois qui ont fait de la souscription du capital et du versement du quart la condition nécessaire de la constitution des sociétés par actions. Cela a été jugé *in terminis* par la Cour de cassation, et à diverses reprises. Dans une espèce, il y avait eu, *le* 6 *juin* 1856, formation d'une société en commandite par actions dont le capital social avait été sous-

crit et versé. En 1858, l'un de ses membres étant tombé en faillite, il intervint une délibération de l'assemblée générale des actionnaires, qui introduisit quelques modifications aux statuts, et la société ainsi réorganisée continua ses opérations jusqu'au 8 juillet 1864, jour où elle fut déclarée en faillite avec un notable déficit. Dans ces circonstances, les syndics crurent devoir former, contre les membres du conseil de surveillance, une demande en nullité et en responsabilité fondée, entre autres motifs, sur l'omission des formalités prescrites par la loi du 17 juillet 1856, lors de la reconstitution de la société dissoute par la faillite de l'un des associés. Mais l'action fut repoussée par les juges du fond, sur le motif que la société réorganisée en 1858 avait été la continuation et la modification de l'ancienne, laquelle avait été fondée antérieurement à la loi du 17 juillet 1856, et que, dans ces circonstances, cette loi n'était pas applicable. La décision a été vainement déférée à la Cour de cassation pour violation des art. 1er, 6 et 7 de la loi du 17 juillet 1856. La Cour, en rejetant le pourvoi, a déclaré « que les formalités prescrites par cette loi pour la validité des sociétés en commandite par actions, de même que la responsabilité imposée aux membres du conseil de surveillance, en cas d'inaccomplissement de ces formalités, ne peuvent, en fait comme en droit, recevoir d'application que pour les sociétés qui se sont constituées sous l'empire de ladite loi; qu'il ne saurait en être de même lorsque, comme dans l'espèce, il s'agit d'une société en commandite par actions régulièrement constituée avant ladite loi, avec un capital entièrement souscrit et versé par les actionnaires, qui s'est livrée à des opérations sociales, et qui, par suite de la faillite de l'un de ses associés, s'est continuée entre son gérant et ses actionnaires, avec le même capital social, sans émission d'actions nouvelles et sans autres modifications que celles autorisées par ses statuts.... » (1) Le principe est nettement posé dans cet arrêt de la chambre civile. A la vérité, les derniers motifs relèvent cette circonstance qu'il n'y avait pas eu émission d'actions nouvelles et que les anciennes étaient souscrites et versées. Mais il est évident, d'après l'arrêt pris dans son ensemble, ainsi qu'il le déclare expressément d'ailleurs dans ses premiers motifs, que l'inapplicabilité de la loi de 1856 résultait encore et surtout de ce que, *en droit*, « cette loi ne peut recevoir d'application que pour les sociétés qui se sont constituées sous son empire », en sorte que, y eût-il eu émission d'actions nouvelles, l'inapplicabilité de la loi n'en eût pas été moins certaine dès qu'en fait il était reconnu que les modifications introduites dans les statuts de la société constituée antérieurement n'impliquaient pas la constitution d'une nouvelle société.

Du reste, c'est ainsi qu'avait décidé la chambre des requêtes par un arrêt rendu presque à la même date. Il s'agissait également d'une société en commandite par actions constituée avant la loi du 17 juillet

---

(1) Rej., 26 mai 1869 (Dall., 69, 1, 401; *J. Pal.*, 1870, p. 163; S.-V., 70, 1, 79).

1856. Longtemps après, en 1865, une délibération de l'assemblée générale avait apporté aux anciens statuts de la société des modifications notables, spécialement elle avait prorogé la société et en avait augmenté le capital. Aucune des formalités prescrites par la loi du 17 juillet 1856 n'avait été observée; et cependant la chambre des requêtes, statuant sur le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Rouen, qui avait repoussé la demande en nullité de la société reconstituée, rendit un arrêt de rejet fondé sur ce qu'il était « déclaré par l'arrêt attaqué que les modifications des statuts n'avaient pour objet que de proroger le terme de la société existant antérieurement à la loi du 17 juillet 1856; qu'une telle prorogation ne constituait pas une société nouvelle soumise aux prescriptions de cette loi; *que notamment les accroissements du capital, arrêtés d'un consentement unanime par les actionnaires, n'étaient point soumis au versement immédiat du quart;* qu'en le jugeant ainsi, l'arrêt n'avait pas violé les art. 1er, 6 et 7 de la loi précitée, et avait fait à la cause une juste application du principe que les lois n'ont pas d'effet rétroactif. » (1) Ainsi, sur ce principe de la non-rétroactivité, la jurisprudence est certaine, consacrée qu'elle est par les deux chambres civiles de la Cour de cassation.

876. Mais ce dernier arrêt contient dans ses motifs une affirmation qui n'est pas également admise et sur laquelle le même accord est loin de s'être produit. La chambre des requêtes affirme que « les accroissements du capital, arrêtés d'un consentement unanime par les actionnaires, ne sont pas soumis au versement immédiat du quart. » Et de là on peut induire que, même en ce qui concerne les sociétés fondées sous l'empire de la loi nouvelle, l'accomplissement de la condition, nécessaire pour le capital de fondation, ne serait pas exigé pour les augmentations du capital qui, au cours des opérations sociales, seraient votées par l'assemblée générale des actionnaires. C'est, en effet, l'avis de quelques auteurs, et la Cour de Paris l'a virtuellement admis en infirmant un jugement du Tribunal de commerce de la Seine (2).

Or, la chambre civile de la Cour de cassation a consacré la solution absolument contraire. Saisie, en effet, par le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour de Paris, elle en a prononcé la cassation, et, par un arrêt rendu après partage, elle a déclaré « que les sociétés par actions ne sont autorisées qu'à la condition que les actions représentant le capital social seront préalablement souscrites intégralement et réalisées en numéraire jusqu'à concurrence du quart de leur valeur nominale; que cette prescription d'ordre public s'applique nécessairement aux augmentations de ce même capital, autorisées par l'assemblée générale des actionnaires; qu'une distinction ne saurait être faite entre le capital originaire et le capital nouveau; que l'un et l'autre sont la garantie des tiers et doivent être constitués dans les mêmes conditions; que s'il en

---

(1) Req., 24 mai 1869 (Dall., 69, 1, 323; S.-V., 70, 1, 125; *J. Pal.*, 1870, p. 288). — Voy. aussi Req., 12 août 1863 (Dall., 64, 1, 380).

(2) Voy. Paris, 28 mai 1869 (S.-V., 70, 2, 69; Dall., 69, 2, 145). Voy. aussi MM. Vavasseur (*Comm. de la loi de 1867*, n° 40); Beslay et Lauras (*op. cit.*, nos 145 et suiv.).

était autrement, la loi ne serait plus qu'un obstacle vain aux fraudes et aux abus que la sagesse du législateur a voulu prévenir. » (1)

Toutefois, qu'il nous soit permis de le dire : cette solution est difficilement admissible, au moins dans ce qu'elle a de général et même d'absolu. Sans doute, s'il s'agissait d'une augmentation de capital non prévue par les statuts de la société, nous l'admettrions sans peine. Lorsqu'une société s'est formée à un capital déterminé divisé en actions dont la valeur et le nombre sont fixés, elle a posé, par ces indications, la base même et l'une des conditions fondamentales du contrat. Si elle y touche ensuite, si elle change cette condition en augmentant son capital primitivement déterminé et en appelant de nouveaux actionnaires, il est vrai de dire qu'une autre société est établie, société nouvelle par son capital qui n'est plus celui que le pacte primitif avait fixé, et par son personnel qui va se composer non pas seulement des anciens associés, mais encore de ceux qui répondront à l'appel en souscrivant des actions nouvelles. Il est certain alors que la loi commune est applicable : une société nouvelle est constituée; quelle serait la raison de la soustraire aux obligations qui sont la condition même de la constitution des sociétés?

Mais il n'en est plus ainsi lorsque l'augmentation du capital a été prévue et autorisée par les statuts. Dans ce cas, si la société, profitant de cette autorisation, appelle de nouveaux fonds et de nouveaux actionnaires, elle ne fait pas un nouveau pacte social, elle agit, au contraire, en exécution du pacte qui la lie. C'est donc alors une société ancienne qui subsiste et continue; ce n'est pas une société nouvelle qui se forme. Or c'est là le point principal et dominant, ce nous semble, pour la solution de notre question. Et c'est bien ainsi que les choses étaient apparues devant les juges du fond, dans l'affaire sur laquelle il a été statué par l'arrêt de la chambre civile. Le Tribunal de commerce de la Seine avait pensé que, nonobstant la réserve contenue dans les statuts, et à raison des circonstances particulières, il y avait eu deux sociétés distinctes et successives, l'une fondée en février 1865 sous la dénomination de *Crédits généraux de Saint-Nazaire;* l'autre fondée en septembre 1865, lors de l'augmentation du capital, sous le titre de *Commerce de France.* Et c'est pour cela qu'il avait déclaré les règles relatives à la constitution des sociétés applicables à la seconde comme à la première. Mais, en appel, les choses avaient pris une physionomie toute différente. Là où le Tribunal de commerce avait trouvé deux sociétés, la Cour de Paris en avait vu une seule, établie sous un nom et continuée sous un autre, avec quelques modifications sans doute, mais sans rien perdre de son individualité. C'est pourquoi, infirmant la décision des premiers juges, elle avait admis virtuelle-

(1) Voy. Cass., 27 janv. 1873 et 30 déc. 1872 (S.-V., 73, 1, 163 et 165; *J. Pal.*, 1873, p. 383 et 387; Dall., 73, 1, 331 et 333). Voy. aussi MM. Rivière (*Comm. de la loi de 1867*, n° 20); Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 1183); Beudant (*Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 121); Alauzet (n° 448); J. Griolet (Dall., 69, 2, 146, note sur l'arrêt de la Cour de Paris du 28 mai 1869).

ment que les règles en question, édictées par la loi en vue du capital de fondation des sociétés par actions qui se constituent, ne doivent pas être étendues au capital d'accroissement d'une société qui, établie déjà et légalement constituée, appelle ce capital complémentaire en exécution de la clause écrite dans ses statuts.

Comment donc la Cour de cassation, qui sur ce point capital de l'unité de la société a dû accepter la décision tout en fait de la Cour de Paris, en est-elle venue à décider le contraire? Elle dit que les deux capitaux doivent être constitués dans les mêmes conditions, qu'il n'y a pas de distinction à faire! Mais c'est la thèse pour raison; car la question est précisément de savoir s'il n'y a pas lieu de distinguer. Or, à notre sens, la distinction est nécessaire; elle est indiquée en quelque sorte par la loi, et elle résulte de la force même des choses. La loi d'abord : de quoi s'occupe-t-elle? Qu'on l'interroge dans ses termes mêmes ou dans les discussions qui en ont précédé le vote, soit en 1856, soit en 1867, on ne peut pas ne pas reconnaître que l'objet unique de ses préoccupations, c'est la *constitution* même, la *création* des sociétés par actions. C'est dit de la manière la plus explicite dans le rapport fait au nom de la commission de 1856. « La loi, dit le rapport, s'occupe *de la constitution de la société*... L'absence des règles *sur la constitution des sociétés* est une source d'abus. Le *fondateur* émet ses actions *et appelle* le public. Les actionnaires viennent, mais en petit nombre; *l'affaire* n'en est pas moins constituée... Le remède radical, ce serait le versement de tout le capital *avant la constitution de la société;* mais ce serait rendre *la formation* des sociétés trop difficile... » (1) Dans les discussions de 1867, le rapport n'est pas moins précis : il y est question uniquement des *fondateurs* qui font appel aux capitaux par la voie des *prospectus,* des conditions dans lesquelles l'être moral, société, *va entrer dans le monde des affaires* (2). Et la loi elle-même, traduisant fidèlement ces données de la discussion, déclare que les sociétés par actions « ne *peuvent être définitivement constituées* qu'après la souscription de la totalité du capital social et le versement, par chaque actionnaire, du quart au moins du montant des actions par lui souscrites. » Ainsi, la loi parle visiblement du capital de fondation des sociétés qui veulent se constituer; elle ne parle que de cela; c'est donc incontestablement ajouter au texte que l'étendre au capital complémentaire qui, au cours des opérations d'une société déjà constituée, serait appelé en exécution des statuts sociaux.

Et puis, au fond, l'assimilation est-elle possible? Une société qui se fonde est tenue, par la volonté de la loi, de s'abstenir de tout fonctionnement tant que son capital n'a pas été souscrit en totalité et que chaque action n'a pas été libérée dans la proportion du quart : jusque-là, la société ne peut pas agir, parce qu'elle n'est pas constituée. Pourrait-on faire une telle condition à une société qui existe légalement déjà, qui

---

(1) Voy. Dalloz (1856, 4, 110).
(2) Tripier (*op. cit.*, t. I, p. 96).

agit, qui fonctionne et qui, seulement usant de la faculté qu'elle tient de ses statuts, augmente son capital de fondation? Mais y songe-t-on? Voilà une société qui prospère et qui, voulant élargir son cercle d'action, fait appel à de nouveaux capitaux; et à cause de cela il faudrait qu'elle suspendît ses opérations, qu'elle s'arrêtât en quelque sorte et attendît, pour reprendre le cours de ses affaires, que le capital complémentaire auquel elle fait appel fût souscrit en totalité, ce qui n'arrivera peut-être jamais, et que chaque nouveau souscripteur eût versé le quart du montant des actions par lui souscrites, ce qui pourra se faire plus ou moins attendre! C'est inadmissible, et cela même montre qu'au point de vue des garanties qui nous occupent, il y a nécessité de distinguer entre le capital de fondation d'une société qui veut naître et se constituer, et le capital complémentaire d'une société qui, déjà constituée légalement, a besoin d'un supplément de fonds. La situation est essentiellement différente entre les deux; et l'on n'a pas de peine à comprendre que le législateur, en instituant ces garanties, n'ait songé qu'à la première. Le rapporteur de la commission du Corps législatif, en 1856, en a donné d'ailleurs la raison décisive : « La loi, a-t-il dit, se propose de diminuer l'agiotage, de *constituer* des sociétés sérieuses; *or c'est surtout à l'origine des sociétés qu'il faut saisir l'agiotage; car c'est alors que le charlatanisme agit avec succès. On est encore dans l'inconnu,* dans la période des illusions et des entraînements; plus tard, le capital sera versé; l'entreprise aura marché; on en saura le produit. » (1) Voilà bien la raison de décider. Oui, la société qui se constitue a besoin d'être surveillée; c'est l'inconnu. Dès qu'elle fait appel au public en vue de former le capital qu'elle juge nécessaire pour son entreprise, il faut protéger ceux qui répondront à l'appel et la protéger elle-même contre les dangers d'une trop grande précipitation; il faut autant que possible assurer son avenir, et la loi y pourvoit justement en l'empêchant de commencer ses opérations avant que le capital soit souscrit en totalité et réalisé dans une proportion et une mesure suffisantes. Mais pour la société qui est définitivement constituée par l'exact accomplissement des conditions auxquelles sa constitution était subordonnée, c'est tout autre chose; celle-là est sortie de la période des illusions et des entraînements; elle a fonctionné; elle est connue par les actes qu'elle a accomplis, par les opérations qu'elle a faites; elle a marché; elle a fait ses preuves enfin; et si, autorisée par ses statuts à augmenter son capital, elle juge nécessaire de faire une émission d'actions nouvelles, il n'y a aucune raison d'exiger que ce capital, auquel elle fait maintenant appel, soit constitué dans les mêmes conditions que le capital originaire. Les dangers auxquels la loi a voulu parer en imposant ces conditions sont ici sans réalité; car, à la différence de la société qui tend à se fonder, celle qui est déjà constituée a un passé qui parle pour elle ou contre elle, un passé d'après lequel quiconque le voudra arrivera aisément à la connaître et à l'apprécier; et l'on peut

---

(1) Voy. Dalloz (*loc. cit.*).

être assuré que, suivant que sa situation sera jugée bonne ou mauvaise, ses actions nouvelles trouveront des souscripteurs sérieux ou seront délaissées.

La Cour de cassation et les auteurs opposent qu'ainsi entendue la loi ne serait plus qu'un vain obstacle aux fraudes que le législateur a voulu prévenir, en ce qu'il suffirait de constituer la société à un capital insignifiant, et puis de porter, peu après, ce capital à des sommes considérables par voie d'augmentation. L'objection est-elle bien sérieuse? Et, en admettant que notre solution rende possible l'emploi de l'expédient indiqué, est-ce que le système en serait infirmé? Ce serait un cas en tout semblable à celui que nous avons rencontré dans le paragraphe précédent, en traitant du *minimum* obligatoire pour le taux d'émission des actions (*suprà,* n° 864); et le cas serait à résoudre, de même, en fait et par appréciation des circonstances. Si la fraude était reconnue, tout s'écroulerait alors, non pas même par application des règles spéciales de la matière, mais en vertu des principes du droit commun qui fait de la fraude une cause d'exception à toutes les règles et ne permet pas que les actes ou agissements frauduleux puissent en aucun cas sortir à effet.

Cela se résumerait donc en un point de fait à résoudre par les tribunaux (1), et ne laisserait pas moins entière et intacte une solution *de droit* en elle-même juridique et conforme à l'intérêt général. La *solution* est juridique; car, dès qu'il résulte des termes de la loi qu'après la souscription de la totalité du capital et le versement par chaque actionnaire du quart du montant des actions par lui souscrites, la société est *définitivement constituée,* il n'est guère possible, juridiquement, d'admettre que le fait ultérieur, par cette société qui *continue,* qui est toujours *la même,* d'augmenter son capital, fût-ce 5, 10, 15 ans plus tard, va changer sa condition, et, par le plus étrange effet rétroactif, enlever à sa constitution ce caractère définitif que la loi elle-même lui avait imprimé. La solution est, de plus, absolument conforme à l'intérêt social et à l'utilité générale; car, lorsqu'une société a besoin de ressources nouvelles et y pourvoit au moyen d'augmentations du fonds social prévues et autorisées par ses statuts, il ne se comprendrait pas, au point de vue économique, qu'elle fût empêchée d'employer, à la satisfaction de ses besoins et suivant les nécessités de l'affaire sociale, les fonds qu'elle reçoit, et dût, au grand dommage de la production et de la circulation, les garder improductifs dans ses caisses jusqu'au jour où, l'augmentation étant souscrite en entier, elle aurait reçu le dernier sol complétant le versement du quart.

877. En résumé donc, sur ces observations communes à la double condition de la souscription totale du capital et du versement du quart,

---

(1) C'est ainsi et en fait qu'un arrêt de la Cour de Paris, cité par M. Vavasseur sans indication de date, mais avec indication de motifs, a annulé une société qui, fondée au capital de 250 000 francs, avait bientôt après, par une combinaison frauduleuse, porté ce capital à un million, en vertu d'une réserve contenue dans les statuts (*Comm. de la loi de 1867,* n° 40).

la loi statue en vue des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions. Elle excepte de la règle les sociétés coopératives ou à capital variable, sinon d'une manière absolue, au moins en ce sens que le versement est réduit au dixième en faveur de ces sociétés. En outre, même en ce qui concerne les sociétés anonyme et en commandite, les deux conditions ne sont imposées que sous certaines réserves : d'abord, la loi statue pour l'avenir et n'a pas d'effet rétroactif, en sorte que, seules, les sociétés qui se sont constituées sous son empire y sont soumises; ensuite, elle dispose limitativement en vue du capital originaire ou de fondation des sociétés qui se constituent, et par suite, elle reste inapplicable, en principe, au capital d'augmentation ou complémentaire qu'une société légalement constituée croirait devoir appeler au cours de ses opérations sociales, dans le cas au moins où l'augmentation du capital est prévue et autorisée par les statuts sociaux.

Passons maintenant aux observations particulières sur chacune des deux conditions.

III. — 878. La première, *la souscription préalable de la totalité du capital,* écrite pour la première fois dans la loi votée en 1856, est due à l'initiative de la commission du Corps législatif qui, d'accord avec le conseil d'État, crut devoir l'ajouter au projet présenté alors par le gouvernement. Elle a pour objet d'asseoir la société sur une base solide, d'établir son crédit, et de la présenter dès l'abord, même avant sa constitution, dans les conditions les plus propres à inspirer la confiance. « La souscription intégrale du capital avant la constitution de la société, disait le rapporteur de la commission, est vraiment un des signes auxquels on reconnaît qu'une société est sérieuse, et qu'elle ne deviendra pas une déception pour les tiers et pour les souscripteurs. » En effet, dans les sociétés de capitaux qui se forment par les apports respectifs des actionnaires associés, le fonds social, c'est-à-dire l'ensemble et la réunion de tous ces apports est, à la fois, l'instrument même de la société et la garantie principale, parfois l'unique garantie offerte au public. Il est dès lors vrai de dire que la société qui, en formation et non encore constituée, a obtenu la souscription intégrale de son capital, indique par là même le caractère sérieux de l'entreprise sociale et assure par avance que les sûretés matérielles dues à quiconque traitera avec elle ne feront pas défaut.

879. Mais c'est à une condition : il faut que l'obligation imposée à la société qui veut se constituer soit exactement et loyalement accomplie. Or, elle est exigée à la fois dans l'intérêt des actionnaires qui vont répondre, en souscrivant, à l'appel des fondateurs, et dans l'intérêt des tiers qui traiteront avec la société constituée. Il est donc nécessaire, par rapport aux actionnaires, que la souscription soit certaine, définitive, qu'elle établisse un lien de droit et oblige tous les souscripteurs réciproquement : c'est la condition même du consentement donné par chacun d'eux à l'engagement qu'il a pris en souscrivant. Et vis-à-vis des tiers, il est nécessaire que la souscription soit complète, sincère et telle que rien ne puisse avoir pour effet d'amoindrir dans une mesure

quelconque le capital statutaire qui est, dans sa totalité, le gage et la garantie de quiconque fera confiance à la société. Tel est le principe : voici maintenant les conséquences qu'il convient de déduire à ce double point de vue.

IV. — 880. Et d'abord, la souscription est l'engagement pris par l'actionnaire, envers les autres associés et envers la société qui l'acceptent, de payer le montant des actions par lui souscrites. Il y a donc là une convention synallagmatique qui n'est parfaite que par l'existence certaine et le concours des deux volontés. C'est un point attesté par une jurisprudence constante dont les décisions, fondées toutes sur cette idée que la souscription constitue un engagement synallagmatique, reconnaissent que celui qui demande à souscrire des actions n'est pas réputé actionnaire tant qu'il n'y a pas eu acceptation de la demande, et que l'acceptation ne lui a pas été notifiée par une réponse spéciale, et cela quand même le demandeur aurait été inscrit comme actionnaire sur les registres de la société (1). Bien entendu, il n'est pas nécessaire que la souscription soit faite entre les mains de la société elle-même ou de son gérant par le souscripteur personnellement; le contrat serait parfait et obligatoire, même consommé par l'intermédiaire de mandataires (2). Mais, en toute hypothèse, le souscripteur ne peut être réputé actionnaire et engagé comme tel qu'autant que la demande d'actions faite par lui-même ou en son nom a été suivie d'une acceptation dûment notifiée. C'est la règle : aussi, dans la pratique, les sociétés en formation ou leurs fondateurs devraient-ils prendre le soin, pour éviter toute incertitude et toute discussion sur ce point, de préparer, *en double original*, des bulletins de souscription sur lesquels le souscripteur et le représentant de la société en formation apposeraient leurs signatures. Ce titre provisoire qui, la société constituée, serait remplacé par le titre définitif des actions souscrites, suffirait par lui-même à établir que les parties sont réciproquement engagées.

881. Du reste, toute action ainsi souscrite implique nécessairement un engagement pur et simple; nulle action, en effet, ne saurait être souscrite sous condition. Dans ce contrat où tous les souscripteurs doivent concourir à la formation du capital jugé nécessaire à l'entreprise, il serait contraire aux principes du droit et à l'équité que ceux-ci fussent obligés au versement promis par leur souscription quand, par suite de la condition mise à l'obligation de ceux-là, il n'est pas certain que le capital soit réalisé en son entier. La condition stipulée dans l'intérêt de tel ou tel souscripteur devrait donc être considérée comme non avenue, même dans les rapports des associés entre eux. Nous citerons, comme rentrant dans cet ordre d'idées, un arrêt de la Cour de Paris qui, en présence de la souscription éventuelle consentie par un employé d'une société commerciale en vue et pour la garantie des

---

(1) Voy. Paris, 10 août 1850 (Dall., 52, 2, 197); *comp.* Paris, 17 avr. 1852, 22 janv. et 16 nov. 1853, 11 janv. 1854 (S.-V., 52, 2, 206; 54, 2, 136; Dall., 54, 2, 126; 129, 258).

(2) Req., 14 mars 1860 (S.-V., 60, 1, 863; *J. Pal.*, 1861, p. 162; Dall., 60, 1, 258).

fonctions qui devaient lui être conférées dans la société, décide que le souscripteur, même si les fonctions promises ne lui sont pas données ou maintenues, reste obligé de verser le montant des actions par lui souscrites (1). La condition ne tiendrait pas davantage, fût-elle stipulée par les statuts mêmes de la société, et par conséquent applicable à toutes les actions. Un arrêt déjà cité (2) a cependant déclaré valable la clause d'un acte de société en commandite par actions portant que, après versement du montant de chaque action, le complément ne serait exigible qu'autant qu'il serait justifié de la réalisation d'un bénéfice déterminé. Mais il s'agissait d'une société établie antérieurement à la loi du 17 juillet 1856 et à laquelle, par conséquent, cette loi n'était pas applicable (*suprà*, n° 875). Aujourd'hui la stipulation serait inévitablement condamnée, non pas même comme suspensive d'un engagement qui doit être actuel, pur et simple, mais parce qu'étant de nature à ne pouvoir se réaliser qu'après la constitution de la société et au cours de ses opérations, elle irait directement contre la volonté expresse de la loi nouvelle qui ne permet pas aux sociétés par actions de commencer leurs opérations avant d'être définitivement constituées (3).

882. De même qu'il doit être pur et simple, l'engagement résultant de la souscription d'actions doit être définitif et irrévocable. D'après cela, une clause qui réserverait à un souscripteur la faculté de se libérer de son engagement en abandonnant la somme qu'il aurait déjà versée ne serait opposable ni aux autres associés, ni à la société. Une pareille clause, dont l'efficacité était déjà fort débattue avant les lois qui régissent aujourd'hui les sociétés par actions (4), serait maintenant absolument inconciliable avec les principes posés par ces lois. Outre qu'elle aurait pour effet de rendre incertaine cette souscription intégrale du capital dont la loi fait une des conditions nécessaires pour la constitution définitive de la société, elle fournirait aux actionnaires un moyen de se libérer, et de se dégager les uns vis-à-vis des autres, de l'obligation, qu'ils prennent tous en souscrivant, de payer l'entier montant de leurs actions. Aussi tous les auteurs s'accordent-ils à reconnaître que la stipulation, en supposant qu'elle puisse valoir comme clause pénale, ne saurait être admise comme simple dédit, en sorte que la société créancière pourra toujours, usant de la faculté laissée au créancier par l'art. 1228 du Code civil, au lieu de demander la peine stipulée, poursuivre contre le débiteur l'exécution de l'obligation principale (5).

883. A plus forte raison faut-il conclure de la même règle que toute convention intervenue entre le gérant ou les administrateurs de la société et des actionnaires, en quelque forme et sous quelque dénomina-

---

(1) Paris, 10 janv. 1861 (S.-V., 61, 2, 188; Dall., 61, 5, 462).
(2) Voy. l'arrêt de la chambre des requêtes du 12 août 1863, cité plus haut sous le n° 875.
(3) *Comp.* M. Beudant (*Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 115 et 116).
(4) Voy. MM. Dalloz (*Rép.*, v° Société, n°s 158 et 159).
(5) Voy. MM. Bravard (*Explic. des lois nouv. sur la command. par actions*, p. 27); Rivière (l. de 1867, n° 37); Vavasseur (*ibid.*, n° 113); Beudant (*loc. cit.*, p. 115).

tion qu'elle se produise, serait radicalement nulle si elle avait pour résultat d'affranchir les actionnaires de l'obligation de verser en tout ou en partie le montant des actions par eux souscrites, ou de leur procurer le remboursement des sommes qu'ils auraient versées. La jurisprudence n'a jamais varié sur ce point avant comme depuis les lois de 1856 et de 1867. « Tout souscripteur, a dit notamment la Cour de cassation dans un de ses derniers arrêts, rendu à notre rapport, est tenu de faire les versements exigibles aux termes fixés par les statuts, sans pouvoir ni être relevé de cet engagement, ni être admis à se faire restituer les sommes par lui versées; il répugnerait à la nature même du contrat de société que le gérant auquel précisément mandat est virtuellement donné par les commanditaires à l'effet de les obliger jusqu'à concurrence des fonds par eux versés ou promis, pût modifier les conditions sur la foi desquelles s'est établi le crédit de la société, au moyen de conventions particulières avec l'un ou plusieurs des associés, sur la restitution de la mise versée ou l'exonération de la mise à verser par ces derniers dans l'actif de la société. » (1) D'où il résulte que les actionnaires exonérés des payements qu'ils avaient à faire ou remboursés de ceux qu'ils auraient déjà faits, n'en sont pas moins tenus d'effectuer le payement ou de rapporter la somme dont ils ont été remboursés, et c'est ce que décide la jurisprudence même dans le cas où l'opération a été approuvée par les autres actionnaires.

Quelques points se rattachent à celui-ci ou du moins s'en rapprochent notablement par le résultat, notamment celui de savoir si un gérant ou un administrateur peut acheter avec le capital social des actions de la société qu'il gère ou administre; il est clair, en effet, qu'au fond et en réalité la société ferait un remboursement partiel si elle achetait ses propres actions avec son capital. Mais la question touchant aux pouvoirs des gérants et des administrateurs, il sera plus à propos de la traiter, avec toutes celles qui l'avoisinent, dans le titre suivant, où nous nous occupons de l'organisation et du fonctionnement des diverses sociétés.

884. Ces premières nécessités, qui s'induisent de la prescription de la loi touchant la souscription du capital social, sont essentiellement liées à l'intérêt des souscripteurs d'actions, des associés dans leurs rapports entre eux. Sans doute, elles ne sont pas toutes étrangères à l'intérêt des tiers; il est évident, en effet, et nous l'avons indiqué déjà incidemment, que, par exemple, l'apposition d'une condition à l'engagement des souscripteurs ou la stipulation d'un dédit rendraient incertaine la souscription du capital et par là même pourraient atteindre et affecter la garantie offerte aux tiers. Mais, au fond, c'est l'intérêt des souscripteurs qui domine, puisque, en définitive, ce qui est en question, c'est leur condition même et l'égalité qui doit être maintenue entre eux.

---

(1) Cass., 6 nov. 1865 (Dall., 65, 1, 479; S.-V., 66, 1, 109; *J. Pal.*, 1866, p. 275). *Junge*: Cass., 18 févr. 1868; Rej., 14 déc. 1869; Riom, 22 févr. 1870; Bourges, 26 déc. 1870 (Dall., 68, 1, 503; 70, 1, 179; 71, 2, 66; *J. Pal.*, 1870, p. 387 et 1176; S.-V., 70, 1, 165; 2, 318).

Dans d'autres conséquences, au contraire, l'intérêt dominant et à peu près exclusif est celui des tiers : ce sont celles dont il nous reste à parler.

V. — 885. La souscription préalable du capital entier est, dans la pensée de la loi, le signe auquel on reconnaît qu'une société est sérieuse. Il importe donc, pour que le signe ne soit pas trompeur, que la souscription soit sincère, loyale et dégagée de tout ce qui pourrait, directement ou indirectement, avoir pour effet de réduire le capital auquel tout entier ont droit les tiers qui traiteront avec la société. Dès lors, tant que le capital annoncé comme nécessaire à l'entreprise n'est pas entièrement souscrit, les fondateurs doivent surseoir : la société n'est pas constituée; les opérations sociales ne peuvent être commencées.

886. La question s'élève à ce propos de savoir si, dans le cas où le capital social ne serait couvert qu'en partie, ce capital pourrait être réduit au montant des actions réellement souscrites. La Cour de Paris s'est prononcée pour la négative par un arrêt déjà cité (1), dont la portée véritable sur le point en question nous paraît avoir été méconnue. Une société nouvelle, résultant de la fusion de plusieurs sociétés anciennes, avait été constituée au capital de cinq millions. Les opérations sociales avaient été commencées quand un grand nombre d'actions restaient encore à souscrire. Mais une délibération était intervenue qui avait réduit le capital social de cinq millions à près de quatre millions, formant le montant du capital alors réellement souscrit. Dans ces circonstances, le gérant nommé lors de la fusion aux lieu et place du gérant des sociétés primitives crut pouvoir poursuivre l'un des actionnaires débiteur du montant de ses actions. Il fut déclaré non-recevable par ces motifs entre autres : « que c'est au mépris de la volonté expresse du législateur que la nouvelle société avait été constituée sans qu'un grand nombre de ses actions fussent souscrites...; qu'elle était donc nulle dans son principe comme dans ses effets, aux termes de l'art. 6 de la loi du 17 juillet 1856...; qu'une pareille nullité était d'ordre public et ne pouvait être couverte...; que le gérant était conséquemment sans qualité pour exercer l'action par lui dirigée contre N... au nom d'une société qui n'avait pas d'existence légale... »

La Cour de Paris juge donc, non pas, comme le supposent quelques auteurs (2), qu'il n'appartient pas à la majorité des souscripteurs de décider, obligatoirement pour tous, la réduction du capital à la portion souscrite, mais très-nettement qu'en lui-même ce fait de la réduction du capital de fondation annoncé comme nécessaire à l'entreprise constitue une violation flagrante de la loi et vicie le contrat d'une nullité d'ordre public qui ne peut être couverte. Or cette solution est parfaitement juridique; elle est certainement plus sûre que celle qui, admise par plusieurs auteurs, reconnaît à l'*unanimité* des souscripteurs, d'ac-

---

(1) Voy. l'arrêt du 24 mars 1859, cité plus haut sous le n° 859, *in fine*.

(2) Voy. notamment M. Vavasseur (*Comm. de la loi de 1867*, n° 49) et l'annotateur de l'arrêt dans le Recueil de MM. Dalloz (59, 2, 146). *Comp.* M. Beudant (*Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 114).

cord avec les fondateurs, le droit de réduire le capital social dont la souscription n'a pas été obtenue pour le tout, et irait jusqu'à reconnaître ce droit même à la majorité des souscripteurs si cela avait été réservé par une clause des statuts (1). Ce serait là, à notre avis, un moyen laissé aux fondateurs de sociétés d'éluder la loi dans la disposition qui exige la souscription de la totalité du capital avant la constitution de la société et de se soustraire à cette obligation imposée dans un intérêt d'ordre public. Notez, d'ailleurs, que cette faculté de réduction est accordée sans limitation aucune du chiffre que la souscription devrait atteindre pour que le capital social y pût être réduit. Ainsi, une société est annoncée au capital d'un million divisé en 2000 actions de 500 francs. Elle trouve des actionnaires; cela va de soi. Y a-t-il une entreprise quelconque qui n'en ait pas trouvé! Mais au lieu de 2000 actions, 500 seulement ont été souscrites. Il n'importe. Et pourvu que le fondateur amène ses souscripteurs, — ou simplement la majorité de ses souscripteurs, s'il a eu la prévoyance de lui réserver tout pouvoir par les statuts qu'il a préparés, — à reconnaître qu'après tout 250000 fr. pourraient bien suffire à une entreprise pour laquelle un million avait été jugé nécessaire, il pourra passer outre et devra être considéré comme ayant satisfait à la loi qui exige la souscription de la totalité! Cela ne saurait être. Quelles que soient les clauses des statuts, ni la majorité des souscripteurs, ni même l'unanimité, ne sauraient déroger à une disposition de la loi qui, étant d'ordre public, est supérieure à toute volonté contraire. Lorsque les promoteurs d'une affaire ne peuvent pas obtenir la souscription en totalité du capital qu'ils ont déclaré nécessaire, la société ne peut pas être constituée : c'est l'inévitable conséquence de la règle qui fait de la souscription intégrale l'une des conditions de la constitution des sociétés par actions. Le devoir qui alors s'impose à tous, fondateurs et souscripteurs, c'est d'abandonner leur projet. Que s'ils y persistent néanmoins, le seul moyen de le réaliser est de dresser un nouvel acte qui, appelant un capital moindre, fût-ce même celui qui, dans la première tentative, a été couvert, pourra sortir à effet. Mais, dit-on, les deux procédés devant ou pouvant aboutir au même résultat, à quoi bon exiger un nouvel acte, et pourquoi multiplier les frais sans nécessité? La réponse est facile : abstraction faite de cette considération des frais, assurément bien secondaire, on exige un nouvel acte de société, parce qu'à défaut de souscripteurs que malgré leurs efforts les fondateurs n'ont pu réunir en nombre suffisant, la première société n'a pas et ne peut pas avoir le caractère sérieux dont, dans la pensée de la loi, la souscription intégrale est le signe; parce qu'en cet état elle est frappée de discrédit par avance; parce que admettre qu'elle peut se constituer et subsister avec ce capital réduit au-dessous de celui qui, d'après les appréciations des fondateurs était

(1) Voy. MM. Vavasseur (n[os] 49 et suiv.); Beudant (*loc. cit.*); Alauzet (n° 448 *in fine*); Beslay et Lauras (*op. cit.*, n[os] 108 et suiv.).

nécessaire à l'entreprise, ce serait tenir la porte ouverte aux abus que le législateur a voulu prévenir (1).

887. Une autre conséquence s'induit de la même règle relativement à l'émission du capital social par séries. Ces émissions successives, auxquelles nous avons fait allusion plus haut (n° 861), en traitant du taux des actions, ont été pratiquées autrefois, et, il faut le dire, la pratique n'était pas sans de grands avantages. La société, au moment où elle se forme, peut n'être pas en mesure de connaître quels seront ses besoins immédiats et d'y appliquer un chiffre à l'avance. Pour parer à la difficulté, on stipulait fréquemment qu'une portion du capital serait émise d'abord, sauf au gérant, soit seul, soit avec l'autorisation du conseil de surveillance, à appeler de nouveaux capitaux par une nouvelle émission d'actions, si les développements de l'entreprise sociale rendaient la mesure nécessaire. La société était par là en position de pourvoir à ses besoins sans recourir à des emprunts ou à la création d'obligations, comme en cas de nécessité elle eût été forcée de le faire si son capital n'eût pas été divisé en séries. Mais en présence de la disposition de la loi, qui exige la souscription du capital en totalité préalablement à la constitution de la société, il ne saurait plus être question de cette pratique : l'émission du capital social par séries successives n'est évidemment pas possible dès que la société n'est pas constituée et ne peut commencer ses opérations tant que ce capital n'a pas été émis et couvert en totalité. Les auteurs sont d'accord généralement sur ce point (2).

888. Par là aussi se trouve supprimé l'usage des actions de *prime*, c'est-à-dire des actions non payantes qui, avant la loi de 1856, étaient remises à titre de rémunération par les fondateurs aux personnes qui concouraient à la formation de la société ou employaient leur influence ou leurs soins au succès de l'entreprise. Les services rendus à la société, lorsqu'ils ne constituent pas des apports en nature soumis aux appréciations et approbations dont nous aurons à nous occuper dans l'un des paragraphes suivants, doivent être reconnus et rémunérés en argent; ils ne peuvent plus être soldés en actions délivrées gratuitement et non souscrites, puisque le capital doit, aux termes de la loi, être souscrit intégralement. Sur ce point, les auteurs ne sont pas également d'accord. Si plusieurs se prononcent nettement en ce sens (3), quelques-uns estiment, au contraire, que le second alinéa de l'article 1er de la loi de 1867 n'est pas assez formel pour que l'on puisse y voir la prohibition des actions de prime (4). Mais si la prohibition n'est pas expresse, elle est au moins virtuelle. Lorsque la loi exige la souscription

(1) Voy., en ce sens, M. Bédarride (*Sur la loi de 1867*, t. I, nos 21 et suiv.).

(2) Voy. MM. Rivière (n° 16); Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 1183); Vavasseur (n° 37); Alauzet (n° 12); Beudant (*Rev. crit.*, *loc. cit.*, p. 116); Bédarride (n° 12). — MM. Beslay et Lauras sont seuls d'un avis contraire (*loc. cit.*, nos 159 et suiv.).

(3) Voy. MM. Vavasseur (n° 48); Beudant (*loc. cit.*); Beslay et Lauras (nos 134 et suiv.); Alauzet (n° 447).

(4) Voy. MM. Rivière (n° 18); Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 1182). *Comp.* M. Ameline (*Rev. prat.*, t. XXIV, p. 349).

de la totalité du capital social, c'est-à-dire de la totalité des actions pour que la société puisse être définitivement constituée, elle entend bien évidemment que le chiffre de la souscription soit égal au chiffre du capital, c'est-à-dire au montant de toutes les actions. Elle exclut donc ou elle défend, virtuellement mais nécessairement, toute combinaison de laquelle résulterait une inégalité entre les deux chiffres et spécialement l'infériorité du chiffre de la souscription. Or, c'est à ce résultat précisément que conduirait la remise d'actions de prime prises dans le capital social. Il est évident en effet que, si une société étant fondée au capital d'un million divisé en 2 000 actions de 500 francs, 200 de ces actions sont réservées pour être délivrées gratuitement en rémunération de services rendus à la société, la souscription sera diminuée dans la proportion du dixième que représentent les actions réservées, en sorte que le capital social d'un million ne sera souscrit que jusqu'à concurrence de 900 000 francs. C'est ce que la loi prohibe nécessairement, par cela seul qu'elle exige la souscription de la totalité du capital.

VI. — 889. Outre la souscription du capital intégral, la loi exige, et encore comme condition préalable à la constitution définitive des sociétés par actions, « le versement, par chaque actionnaire, du quart au moins du montant des actions par lui souscrites. » Son objet, en cela, a été d'obvier aux pratiques qui, sous l'empire du Code de commerce et jusqu'à la loi de 1856, firent trop souvent de la société par actions un instrument d'agiotage. Elle a voulu repousser ces associés prétendus qui, mus par une pensée d'agiotage et de jeu, n'entrent dans une société que pour la quitter après avoir réalisé une prime sur les actions; elle a voulu donner à l'entreprise sociale des personnes véritablement intéressées à son succès, et qui, sérieusement engagées dès l'origine, constituassent des actionnaires sérieux.

890. A ce point de vue, il eût été plus sûr sans doute d'exiger que le versement fût complet, aussi bien que la souscription, avant la constitution définitive de la société. Mais, « d'un côté, a dit justement la commission législative de 1806, c'eût été rendre la formation des sociétés trop difficile, et, d'autre part, ce payement anticipé serait une perte réelle pour la production et la circulation, et aurait pour conséquence d'accumuler, dans la caisse d'une compagnie, des fonds dont elle n'aurait pas toujours un emploi immédiat. Le versement d'une portion du capital n'a aucun de ces inconvénients, et il est, dans une certaine mesure, une garantie pour les souscripteurs et pour le public. » (1) La loi fixe au quart au moins du montant des actions la portion qui devra être réalisée avant la constitution définitive de la société. Peut-être eût-elle pu se montrer moins exigeante encore; elle eût pu ne pas demander autant, comme la loi belge récemment votée, qui, elle, fixe le versement préalable « au vingtième du capital consistant en numéraire. » (2) Il est rare, en effet, qu'une société ait besoin, à son début et

(1) Voy. le Rapport de M. Langlais (Rec. pér. de M. Dalloz, 1856, 4, 110, et M. Tripier, p. 42).
(2) Voy. l'art. 29 de la loi belge du 18 mai 1873.

pour ses premières opérations, du quart de son capital social. Et si elle n'en a pas besoin, il est vrai de dire du payement anticipé de cette fraction ce que disait le rapporteur du versement de la totalité. Quoi qu'il en soit, le versement préalable doit être *du quart au moins,* d'après notre loi. Dès lors les statuts pourraient bien le porter à une quotité supérieure, mais ils ne pourraient pas le réduire au-dessous du quart.

891. Cette condition est, dans la pensée de la loi, le complément de celle qui exige la souscription de la totalité du capital. Pourtant, les deux conditions ne sont pas tellement liées ensemble qu'elles doivent être accomplies simultanément. Sans doute, le versement peut être fait au moment même où l'action est souscrite; et les fondateurs peuvent très-bien exiger qu'il en soit ainsi, s'ils ne craignent pas d'éloigner les souscripteurs par une telle exigence. Mais s'il est prudent de le faire pour éviter les résistances et les retards auxquels la demande du versement pourrait donner lieu après la clôture de la souscription, ce n'est nullement nécessaire, la loi n'exigeant en aucune manière, ni directement ni indirectement, que la souscription soit accompagnée du versement. A cet égard, les fondateurs ont des pratiques diverses. Ceux-ci annoncent que la souscription ne vaudra titre au souscripteur qu'autant qu'elle sera accompagnée du payement du premier quart (1). Ceux-là stipulent le versement immédiat non pas du quart, mais d'une somme qui, en cas de non-constitution de la société, sera remboursée, sauf déduction des frais faits pendant la période préparatoire (2). D'autres stipulent que huit, dix ou quinze jours après une mise en demeure infructueuse, la souscription sera considérée comme non avenue (3). Mais, en toute hypothèse, il peut être sursis au versement jusqu'à la clôture de la souscription; et pourvu qu'en définitive il soit effectué au moment où, soit le gérant, soit les fondateurs auront à faire la déclaration notariée dont nous parlerons au chapitre suivant, il sera satisfait à la loi.

892. A une condition cependant : c'est que chaque actionnaire ait versé le quart au moins des actions par lui souscrites. Car, remarquons-le bien, ce que la loi demande, ce n'est pas que le capital social soit réalisé jusqu'à concurrence du quart par le fait de tel ou tel souscripteur indistinctement; c'est que chaque souscripteur ait versé le quart au moins du montant des actions par lui souscrites. Ainsi, supposons une société constituée au capital de 200 000 francs divisés en 2 000 actions de 100 francs, qui toutes ont été souscrites par 50 personnes : la condition ne serait accomplie qu'autant que chacun des cinquante actionnaires aurait versé autant de fois 25 francs qu'il a souscrit d'actions. Sur ce point, le projet de loi présenté par le gouvernement en 1856, et même la loi aujourd'hui abrogée du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée (art. 4), pouvaient prêter à l'équivoque en ce qu'il y était dit que les sociétés ne seraient définitivement consti-

(1) Voy. MM. Mathieu et Bourguignat (*Comm. de la loi de 1867*, n° 13).
(2) Voy. M. Beudant (*Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 129 et 130).
(3) Voy. M. Vavasseur (*Comm. de la loi de 1867*, n°s 34 et suiv.).

tuées qu'après la réalisation *du quart au moins de la partie du capital social consistant en numéraire*. On pouvait induire de cette formule que, dans l'espèce supposée, par exemple, la condition aurait été accomplie par le versement du quart du capital, soit 50 000 francs, entre les mains des fondateurs, sans qu'il y eût à rechercher si le versement provenait d'un seul ou de plusieurs des 50 souscripteurs (1). Mais toute équivoque cesse devant la rédaction définitive de la loi : le législateur exige « le versement *par chaque actionnaire* du quart au moins du montant des actions *par lui souscrites*. »

893. Il y a pourtant un mot à retenir de la rédaction projetée de la loi. L'obligation du versement y était appliquée à la partie du capital social *qui consiste en numéraire*. Cette précision ne se trouve ni dans le texte voté en 1856, ni dans celui de la loi actuelle qui, du reste, est, en ce point, la reproduction littérale de la précédente. Est-ce à dire qu'il n'en faille plus tenir compte? Nous ne le pensons pas. Le versement du quart n'est obligatoire, d'après la formule précise de la loi, que *sur les actions souscrites*. Or, lorsqu'il est fait à une société des apports en nature, les actions attribuées en représentation de ces apports ne sont pas des actions souscrites (2). Ainsi, nous supposons une société au capital d'un million divisé en 2 000 actions de 500 francs et dans laquelle il est fait des apports en nature pour *300 000 francs*. Ces apports, sauf les vérification et approbation exigées par l'art. 4 de la loi (ce qui est une condition spéciale et également préalable à la constitution de la société, *infrà*, § 4), seront représentées par 600 actions; et c'est seulement sur les 1 400 actions souscrites, lesquelles concourent, avec les précédentes, à la formation du capital social, que devra être effectué le versement préalable du quart.

VII. — 894. La question qui reste à résoudre est maintenant de savoir comment le versement doit être effectué. L'expression même de la loi implique l'idée d'un payement réel, d'un payement effectif. Mais est-ce à dire que le payement ne puisse avoir lieu qu'en numéraire? L'affirmative résulterait d'un arrêt qui, rendu par la Cour de Bordeaux sur renvoi prononcé par la Cour de cassation, déclare « que, d'après les termes de la loi qui exige le *versement* du quart du montant des actions, comme d'après l'esprit et les motifs de cette loi, il est manifeste que le versement prescrit doit s'entendre, selon le sens usuel du mot, d'un payement effectué en numéraire, exigé pour parer aux dangereux abus qu'entraînait précédemment le procédé des payements fictifs... » (3) Toutefois, d'autres Cours se sont montrées plus larges dans l'interprétation de la loi. La Cour de Paris, notamment, a pensé « que

(1) Le texte ci-dessus indiqué de la loi belge du 18 mai 1873 prêterait à la même équivoque. Mais il a été formellement déclaré dans la discussion que le versement par un seul actionnaire, par exemple, du vingtième du capital, ne suffirait pas, et qu'il faut que chaque associé verse le vingtième de sa souscription, la loi entendant que tous soient engagés par le premier versement (*Comm. législ.* de M. Waelbroeck sur l'art. 29, n° 7).

(2) Comp. MM. Mathieu et Bourguignat (*Comm. de la loi de 1867*, n° 16).

(3) Bordeaux, 20 juin 1865 (*J. Pal.*, 1865, p. 1124; S.-V., 65, 2, 296).

certaines valeurs, d'un recouvrement incontestable et immédiat, telles que des billets de la Banque de France ou des bons du Trésor public payables à vue, peuvent être considérées comme des écus ; et en conséquence elle a admis que des versements opérés avec de pareils titres satisfont à la prescription de la loi (1). Et la Cour de cassation, en rejetant en ce point le pourvoi dirigé contre l'arrêt, a confirmé cette solution (2), que naturellement il convient d'étendre à tous les titres de monnaie. Ainsi, on peut dire que non-seulement les billets de banque et les bons du trésor à vue, mais encore les chèques et tous papiers monnaie, peuvent être employés au versement du quart, en tant que ces valeurs sont d'un recouvrement immédiat et certain quand elles sont employées.

895. La Cour d'Agen avait même cru pouvoir aller plus loin, et plaçant sur le même pied les valeurs de crédit, elle avait jugé que le versement préalable du quart du montant de chaque action peut être fait pour partie autrement qu'en numéraire, si cette partie consistait en valeurs de portefeuille d'une valeur égale à leur énonciation (3). Tel est aussi l'avis émis par M. Paignon, qui estime qu'on peut donner une chose quelconque en payement ; que si l'argent est l'équivalent le plus usuel, il n'est pas le seul ; et que des valeurs de satisfaction ou des titres sont des modes de se libérer parfaitement juridiques, sauf la responsabilité du gérant (4). Mais cette théorie, vraie dans les termes du droit commun et dans les rapports du débiteur et du créancier, en tant que celui-ci veut bien nover la créance ou accepter en payement des valeurs au lieu de numéraire, est absolument inexacte dans son application à l'engagement pris par le souscripteur, non point vis-à-vis du gérant ou du fondateur entre les mains de qui le versement est effectué, mais vis-à-vis de la société à laquelle il adhère en souscrivant. Et, en effet, il ne saurait appartenir au gérant ou au fondateur, simple mandataire en ce point, de nover la créance de la société. Il ne saurait lui appartenir d'accepter, au lieu de numéraire, des valeurs de crédit qui pourront n'être pas recouvrées à l'échéance, ou dont le recouvrement pourra occasionner des frais et des lenteurs. Ce que veut la loi, c'est que le quart du montant des actions dont elle exige le versement préalable donne immédiatement à la société un fonds de roulement liquide et entièrement disponible. Or, elle n'eût pas atteint son but, et elle eût laissé la porte ouverte à l'abus des versements fictifs qu'elle a voulu réprimer, si elle avait entendu que la remise de valeurs de portefeuille pourrait tenir lieu de payement en argent. Aussi l'arrêt précité de la Cour d'Agen a-t-il encouru la cassation (5). Ainsi, il y aurait lieu

(1) Paris, 28 mai 1869 (Dall., 69, 2, 145 ; *J. Pal.*, 1870, p. 335 ; S.-V., 70, 2, 69).
(2) Voy. l'arrêt déjà cité du 27 janv. 1873 (S.-V., 73, 1, 163 ; *J. Pal.*, 1873, p. 383) ; Dall., 73, 1, 331).
(3) Agen, 6 déc. 1860 (Dall., 61, 2, 60 ; S.-V., 61, 2, 209 ; *J. Pal.*, 1861, p. 1039).
(4) Voy. M. Paignon (*Sur la loi de 1856*, p. 67). — M. Vavasseur prête à tort cette opinion à M. Bédarride, qui, au contraire, la combat très-énergiquement dans son *Comm. de la loi de 1867* (n°s 15 et suiv.).
(5) Cass., 11 mai 1863 (S.-V., 63, 1, 284 ; *J. Pal.*, 1863, p. 767 ; Dall., 63, 1, 213).

[illegible] la clause qui admettrait la remise de telles valeurs comme équivalent du versement prescrit; qu'elle fût portée sur le bulletin de souscription, ou même stipulée dans les statuts de la société, elle serait également sans efficacité : les souscripteurs n'en devraient pas moins faire le payement en argent ou en valeurs équivalentes à de l'argent comptant (2).

896. Par identité de raison, on regardera comme ne rentrant pas dans les termes de la loi, et par conséquent comme non libératoires, les payements en factures, en mémoires de fournitures ou de travaux fournis ou à fournir, ou en autres titres analogues non susceptibles d'opérer libération. Il a été décidé, en ce sens, 1° par la Cour d'Aix, que la condition requise par la loi n'est pas accomplie dans le cas où, sur une partie des actions souscrites, le versement préalable du quart avait été purement fictif, les actionnaires étant censés, au moyen d'un jeu d'écritures, faire ce versement et le retenir ensuite à titre de payement anticipé, soit de travaux, soit de fournitures, et qui devaient en réalité former la matière de leur apport (3); 2° par la Cour de Paris, qu'un actionnaire ne saurait se libérer du quart des actions par lui souscrites au moyen d'une compensation avec sa créance contre une société ancienne que la nouvelle avait pour but de liquider (4).

897. Toutefois, il faut ne pas se méprendre sur la portée de ces décisions; et, par exemple, il serait mal à propos d'en conclure d'une manière absolue que la compensation ne devrait pas être admise comme payement valable, même en ce qui concerne le premier quart (5). Si les arrêts précités repoussent la compensation, c'est par des considérations toutes spéciales, résultant soit de ce qu'une convention à cet effet avait dû intervenir entre le souscripteur et celui qui avait reçu sa souscription, soit de ce que la compensation était fictive, même entachée de fraude en ce qu'au moyen d'un jeu d'écritures, le souscripteur avait été présenté comme créancier de la société. Mais écartons ces circonstances, et supposons une véritable compensation légale : comment ne vaudrait-elle pas payement? Aussi la jurisprudence n'est-elle pas contraire. D'un côté, dans les motifs de l'un de ses arrêts, la Cour de cassation dit : « Le versement destiné à former le fonds de roulement nécessaire aux opérations de la société ne peut s'entendre que d'un versement en numéraire ou tout au moins en valeurs d'une réalisation

---

Voy., en ce sens, MM. Rivière (nº 22); Mathieu et Bourguignat (nºs 14 et suiv.); Vavasseur (nºs 52 et suiv.); Bédarride (nºs 15 et suiv.); Beudant (*Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 130); Ameline (*Rev. prat.*, t. XXIV, p. 351); Beslay et Lauras (nºs 126 et suiv.); Dalloz (*Rép.*, vº Société, nº 1175).

(2) *Comp.* Aix, 13 août 1860, et, sur le pourvoi, Req., 24 juin 1861 (Dall., 60, 2, 223; 61, 1, 435; S.-V., 61, 2, 117; 62, 1, 185; *J. Pal.*, 1861, p. 746; 1862, p. 775).

(3) Aix, 16 mai 1860, et, sur le pourvoi, Req., 24 avr. 1861 (Dall., 60, 2, 118; 61, 1, 428; S.-V., 60, 2, 439; 62, 1, 182; *J. Pal.*, 1861, p. 183; 1862, p. 527).

(4) Paris, 5 août 1869, et, sur le pourvoi, Req., 6 juill. 1870 (S.-V., 70, 2, 33; 71, 1, 80; *J. Pal.*, 1870, p. 202; 1871, p. 211; Dall., 71, 1, 13).

(5) M. Vavasseur paraît n'admettre la compensation, comme mode de payement, qu'en ce qui concerne ce qui reste à payer des actions souscrites après le versement du premier quart (*Comm. de la loi de 1867*, nº 59).

immédiate et certaine; c'est donc à bon droit que la Cour de Paris a déclaré que ce versement n'avait pas été remplacé, soit par des apports en nature non vérifiés, soit par des passations d'écriture *ne présentant pas le caractère d'une compensation légale* » (1); par où la Cour reconnaît implicitement que si, au contraire, le fait avait présenté le caractère d'une compensation légale, il eût remplacé le versement. D'un autre côté, elle l'avait jugé précisément en décidant, par un arrêt antérieur, que la compensation s'opère de plein droit entre le prix d'un immeuble vendu à une société en commandite formée pour l'exploitation de cet immeuble et le montant d'actions souscrites par le vendeur dans cette société, si les deux dettes étaient respectivement liquides et exigibles (2). Et cela est parfaitement juridique. La loi qui régit les sociétés par actions n'a dérogé par aucune de ses dispositions aux règles du droit commun qui déterminent les effets de la compensation. Elle n'avait même aucun motif raisonnable d'établir, sur le point en question, une telle dérogation. Et en effet, étant donné qu'elle a eu pour objet d'amener à la société des souscripteurs sérieusement engagés par leur premier versement et de lui assurer dès l'abord le fonds de roulement nécessaire aux opérations sociales, il est évident que le payement par compensation atteint le but aussi bien que le payement en espèces. Lorsque les deux dettes liquides exigibles de la société et du souscripteur s'éteignent réciproquement, il arrive : d'une part, que le souscripteur s'est privé, au profit de la société, de la somme qu'il pouvait exiger comme créancier; d'une autre part, que la société s'est libérée de la somme qu'elle aurait dû payer comme débitrice.

§ III. — DE LA NÉGOCIATION DES ACTIONS, DE LEUR FORME ET DE LA RESPONSABILITÉ DES SOUSCRIPTEURS ET CESSIONNAIRES.

SOMMAIRE.

I. 898. Les art. 2 et 3 de la loi de 1867 sont dirigés contre des abus d'une autre nature que ceux que les dispositions précédentes tendent à réprimer. — 899. Ils visent l'agiotage et le jeu auxquels les promesses d'actions avaient donné lieu. — 900. De même que les lois de 1856 et de 1863, dont ils tempèrent les dispositions, ils ont pour objet : la négociation des actions, leur forme et la responsabilité des actionnaires.

II. 901. *Négociation des actions.* Elles sont négociables après le versement du quart : la disposition de la loi est prohibitive; — 902. Mais elle ne prohibe que la transmission *par les voies commerciales*.

III. 903. Ce versement du quart est le même que celui auquel est subordonnée la constitution définitive de la société. — 904. Ainsi, la négociation n'est permise qu'après la constitution de la société : conséquences. — 905. Le quart doit être calculé sur la valeur nominale de l'action, non d'après le taux *minimum* auquel l'action aurait pu être émise. — 906. Il faut que le versement du quart soit effectué sur toutes les actions; — 907. Et, s'il a été stipulé des apports en nature ou des avantages particuliers, il faut qu'ils aient été approuvés, conformément à l'art. 4. — 908. Soit qu'il y ait des apports en nature, soit qu'il n'y en ait pas, il faut que les formalités des art. 5 et 24 aient été remplies.

---

(1) Voy. l'arrêt du 27 janv. 1878, cité sous le nº 894.
(2) Voy. Req., 4 mai 1867 (S.-V., 67, 1, 254; Dall., 67, 1, 425; *J. Pal.*, 1867, p. 644).

IV. 909. La société étant définitivement constituée, les titres peuvent être transmis par les voies commerciales; — 910. Spécialement par une déclaration de transfert, dans les termes de l'art. 36 du Code de commerce; — 911. Et par la voie de l'endossement. — 912. Suite. — 913. Mais ils ne peuvent être cédés par la simple tradition qu'autant qu'ils sont convertis en actions au porteur : transition.

V. 914. *Forme des actions.* D'après les lois de 1856 et de 1863, elles devaient rester nominatives jusqu'à leur entière libération. — 915. La loi nouvelle, sans détruire la règle, permet d'y faire exception : elle subordonne l'exception à trois conditions, l'une de fond, les deux autres de forme.

VI. 916. La condition de fond est le versement de moitié : les actions ne peuvent être converties en titres au porteur qu'après que *toutes* ont été libérées de moitié.

VII. 917. Les conditions de forme sont : 1° que la conversion ait été stipulée dans les statuts constitutifs; 2° qu'elle soit votée par l'assemblée générale. Pourquoi la stipulation des statuts n'est pas suffisante. — 918. La disposition est limitative, en ce sens que la faculté de convertir les actions ne peut être exercée si elle n'a pas été réservée *dans les statuts constitutifs.* — 919. Mais la formule indiquée par la loi n'est pas sacramentelle. Transition à la deuxième condition.

VIII. 920. Comment doit être constituée l'assemblée générale dont l'intervention est requise. — 921. Sa délibération est exigée comme moyen d'assurer que les actions, quoique libérées de moitié seulement, peuvent néanmoins être transformées en titres au porteur sans péril pour la société. — 922. Elle est nécessaire alors même qu'il serait constaté par le pacte social que chaque actionnaire, en souscrivant, a versé la moitié du montant de ses actions. — 923. Si la délibération est contraire à la conversion, les actions restent nominatives, comme dans le cas où la conversion n'a pas été prévue dans les statuts. — 924. Mais, dans les deux cas, elles peuvent, à moins de convention contraire, être converties en actions au porteur après leur entière libération. — 925. Comment la conversion doit-elle être décidée en ce cas. — 926. Transition.

IX. 927. *Responsabilité des souscripteurs et cessionnaires d'actions.* Les lois de 1856 et de 1863 consacraient la responsabilité absolue, et nonobstant toute convention contraire, comme corollaire du principe qui subordonnait la constitution définitive de la société *à la souscription de la totalité du capital social.* — 928. Débats auxquels ce point de droit a donné lieu lors de la discussion de la loi de 1867. — 929. Ils aboutissent à l'art. 3 qui, tout en sous-entendant le principe de la responsabilité absolue, par application des règles générales de droit commun, y fait une exception. De là deux hypothèses à examiner distinctement.

X. 930. 1° De l'exception. C'est la libération par le versement de moitié. — 931. Mais elle résulte, comme conséquence légale, de la délibération de l'assemblée générale, qui, le capital social étant réalisé jusqu'à concurrence de moitié, autorise la conversion des actions nominatives en actions au porteur. — 932. Néanmoins, la libération reste suspendue pendant deux ans, à partir de la délibération, pour ceux qui ont dû ou pu y concourir. Réponse aux critiques dont cette réserve a été l'objet. — 933. Résumé.

XI. 934. L'exception profite à tous les actionnaires, avec cette différence entre eux que ceux qui ne deviennent tels qu'après le vote de conversion ne contractent pas d'obligation personnelle, tandis que cette obligation subsiste encore pendant deux ans pour ceux qui étaient actionnaires au moment du vote ou avant. — 935. Applications : le souscripteur primitif est libéré après deux ans, même s'il n'a pas usé, après le vote de conversion, de la faculté de mettre ses actions au porteur; — 936. Et même s'il est resté dans la société en conservant ses actions. — 937. Du cas de cession intervenue soit entre le versement de moitié et le vote de conversion, soit après le vote de conversion, mais pendant le délai de deux ans, soit après l'expiration de ce délai. — 938. Dans le premier cas, le souscripteur et le cessionnaire restent obligés pendant deux ans à partir du vote de conversion. Réfutation de l'opinion d'après laquelle le cessionnaire ne contracterait pas d'obligation personnelle. — 939. Dans le second cas, le souscripteur reste obligé jusqu'à l'expiration du délai de deux ans, mais le cessionnaire est immédiatement dégagé; réfutation de l'opinion qui, les assimilant, maintient pour l'un et pour l'autre l'obligation personnelle jusqu'à l'expiration du délai de deux ans. — 940. Dans le dernier cas, l'action seule reste débitrice : réfutation de l'opinion d'après laquelle les cédants et les cessionnaires resteraient indéfiniment obligés. — 941. Les cessionnaires, alors, sont

personnellement déchargés, aussi bien que le cédant; et il n'y a pas même à excepter le dernier cessionnaire, porteur actuel de l'action.

XII. 942. La libération dans les termes de l'art. 3 ne peut résulter que du vote par lequel la société, délibérant en assemblée générale, a autorisé la conversion des actions. Dès lors, il serait vainement stipulé par les statuts qu'après ce payement de moitié, les souscripteurs primitifs pourront se retirer de la société. — 943. De même, on devrait considérer comme vaine et non écrite la stipulation qui déclarerait les divers cessionnaires non responsables. Transition à la deuxième hypothèse.

XIII. 944. 2° La responsabilité des souscripteurs et des cessionnaires subsiste, dans les termes du droit commun, dans le cas où la faculté de convertir les actions en titres au porteur n'a pas été réservée dans les statuts constitutifs de la société; — 945. Et dans celui où, bien que prévue et réservée, la conversion n'a pas été autorisée par l'assemblée générale. — 946. Dans ces deux cas, les souscripteurs et les cessionnaires sont tenus concurremment du solde de la souscription. — 947. La responsabilité subsiste telle qu'elle était reconnue sous la loi de 1856 : conséquences et applications. — 948. Elle subsiste vis-à-vis de tous les créanciers, et conséquemment vis-à-vis de la société elle-même, comme vis-à-vis des tiers, créanciers sociaux. — 949. Double action de la société : elle a une action personnelle contre les actionnaires en retard, et une action réelle contre le titre non libéré. — 950. Quant à l'action réelle, la société n'a pas d'autres formalités à remplir que celles qui sont fixées par les statuts. — 951. Quant à l'action personnelle, elle est exercée contre les débiteurs dans les termes du droit commun. — 952. Du recours de l'actionnaire qui a été contraint de payer quand il n'était plus propriétaire de l'action.

I. — 898. De même que le n° 2 de l'article premier, dont les prescriptions sont expliquées au paragraphe précédent, les art. 2 et 3 de la loi du 24 juillet 1867, que nous avons à étudier maintenant, tendent à attacher aux sociétés des actionnaires sérieux et véritablement intéressés à leurs destinées, à leur succès. Mais ils sont dirigés, dans cette vue, contre une autre espèce d'abus.

899. L'un des grands scandales qui, soit en 1838, soit en 1856, firent sentir la nécessité de réglementer spécialement la commandite par actions et provoquèrent l'intervention du législateur, ce fut l'agiotage, le trafic ou les spéculations dolosives dont l'établissement des sociétés fut trop souvent l'occasion. Les causes premières du mal étaient dans la division du capital en actions au porteur et dans la périlleuse liberté laissée aux fondateurs d'émettre, dès l'origine, les actions en cette forme. Personne, disait la commission du Corps législatif en 1856, n'ignore les abus auxquels a donné lieu le droit de créer des actions au porteur dès l'origine d'une société. L'action au porteur, d'une négociation si facile, si prompte, qui ne laisse aucune trace de son passage, se prête merveilleusement au jeu et à l'agiotage. Telle personne qui ne voudrait pas mettre sa signature sur un papier décrié par l'opinion voit ses scrupules s'évanouir quand son nom doit rester caché. Parmi tous ces souscripteurs qui s'agitent à l'annonce d'une entreprise nouvelle, combien n'y en a-t-il pas qui n'entrent dans la société que pour en sortir le plus vite possible; qui courent après les bénéfices sans risque; qui attendent tout de la prime des actions et rien de la société! C'est l'émission des titres qui est devenue le commerce lui-même; c'est sur ces titres, c'est sur des promesses, sur de simples éventualités, avant toute opération sociale, que s'établit la hausse ou la baisse; puis on se retire de cette société qu'on n'a fait que traverser,

pour courir à d'autres spéculations (1). Frappé de ces abus, le législateur de 1856 et de 1863 s'était arrêté aux moyens les plus propres à y mettre un terme. Sans aller, comme ces projets de 1838 qui n'aboutirent pas, jusqu'à interdire d'une manière absolue l'émission d'actions au porteur, il avait d'abord posé en principe que les actions seraient nominatives jusqu'à leur entière libération. Ainsi, la loi imposait à tout actionnaire l'obligation de rester en nom jusqu'au versement de tout le capital, et par là, elle tendait évidemment, selon l'expression du rapporteur de la commission, « à éloigner des sociétés tous ces actionnaires nomades qui, n'y apparaissant que pour jouer sur les titres, n'apportaient aussi à la société qu'un capital factice et une ombre de réalité. » Mais ensuite et pour atteindre plus sûrement le but, le législateur voulut : d'une part, que les actions ou coupons d'actions ne fussent négociables qu'après le versement des deux cinquièmes; d'une autre part, que les souscripteurs, eussent-ils même négocié leurs actions, fussent, nonobstant toute stipulation contraire, responsables du payement du montant des actions par eux souscrites (2). Ainsi : 1° interdiction de toute négociation des actions avant le versement d'une portion notable de leur valeur (deux cinquièmes); — 2° obligation de maintenir les titres en la forme d'actions nominatives tant qu'ils ne seraient pas entièrement libérés; — 3° enfin, responsabilité entière, absolue, des souscripteurs, tenus, nonobstant toute convention contraire, au payement du montant total des actions souscrites : voilà les moyens par lesquels le législateur de 1856 et de 1863 voulut avoir raison des manœuvres de l'agiotage et y couper court.

900. La loi du 24 juillet 1867 qui, quant à présent, régit les sociétés par actions, n'a pas pu, puisqu'elle tend vers le même but, renoncer à ces mesures : aussi les a-t-elle maintenues toutes, au moins

---

(1) Voy. M. Tripier (*Comm. de la loi de 1856*, p. 44, n° 166).

(2) C'est, à peu de chose près, le système qui a été récemment consacré en Belgique par la loi du 18 mai 1873. Cette loi pose en principe « qu'une société n'est définitivement constituée que si le capital est intégralement souscrit et si le vingtième au moins du capital consistant en numéraire est versé. » (Art. 29.) Puis, dans un paragraphe spécial consacré *aux actions et à leur transmission*, elle dispose « que les cessions d'actions ne sont valables qu'après la constitution de la société, et qu'elles sont nominatives jusqu'à leur entière libération. » (Art. 40.) Les art. 41 et 42 déterminent ensuite l'étendue des obligations des souscripteurs. — L'art. 41 prescrit de publier, au moins une fois par an, la situation du capital social, laquelle doit comprendre « la liste des actionnaires qui n'ont pas encore entièrement libéré leurs actions »; et l'article ajoute « que la publication de cette liste a, pour les changements d'actionnaires qu'elle constate, la même valeur qu'une publication faite conformément à l'art. 12. » En ce dernier point, la loi consacre le droit, pour chaque associé, de mettre fin à ses engagements à venir, en publiant sa retraite de la société par la cession qu'il a faite de ses actions; mais le souscripteur n'est pas dégagé pour cela en ce qui concerne les engagements antérieurs. L'art. 42 dispose, en effet, « que les souscripteurs d'actions sont, nonobstant toute stipulation contraire, responsables du montant total de leurs actions; la cession des actions ne peut les affranchir de contribuer aux dettes antérieures à sa publication ». Seulement, le même article réserve expressément à l'ancien propriétaire un recours solidaire contre ses cessionnaires et contre les cessionnaires ultérieurs. Il faut ajouter, d'ailleurs, que la responsabilité de l'ancien propriétaire ne dure pas indéfiniment. Il est dit, en effet, au titre de la Prescription : « Sont prescrites par cinq ans toutes les actions contre les associés ou actionnaires, à partir de la publication, soit de leur retraite de la société, soit d'un acte de dissolution de la société, ou à partir de son terme contractuel. » (Art. 127.)

en principe. Mais, à tort ou à raison, le législateur a pensé que le moment était venu de se relâcher d'une sévérité que depuis longtemps déjà on signalait comme nuisible au développement des sociétés sérieuses, en même temps que contraire au principe de la liberté des conventions. En conséquence, la loi nouvelle, si elle n'a pas détruit les prescriptions de celles de 1856 et de 1863 auxquelles elle s'est substituée, a cru cependant devoir apporter à chacune d'elles des modifications qui en atténuent la rigueur et en paralyseront peut-être l'efficacité. C'est ce que nous allons voir en étudiant les art. 2 et 3, qui, rédigés en vue des sociétés en commandite, et étendus, par l'art. 24, aux sociétés anonymes en raison même de la liberté dont jouissent désormais ces dernières sociétés (*suprà*, n° 854), s'occupent successivement de la négociation des actions, de leur forme et de la responsabilité tant des souscripteurs primitifs que des cessionnaires.

II. — 901. Aux termes de l'art. 2 de la loi du 24 juillet 1867, « les actions ou coupons d'actions *sont négociables après le versement du quart*. » Sous cette forme affirmative, la disposition a un caractère essentiellement prohibitif. Elle doit être rapprochée de l'art. 3 de la loi du 17 juillet 1856 dont le dernier paragraphe exprimait « que les actions *n'étaient négociables qu'après* le versement des deux cinquièmes. » La disposition nouvelle revient à dire que la négociation de l'action ou du coupon d'action est subordonnée à un versement moindre, et que l'action, qui antérieurement ne pouvait être négociée qu'après le versement des deux cinquièmes, est désormais négociable quand elle est libérée jusqu'à concurrence du quart. Mais la disposition n'en subordonne pas moins à une condition nécessaire et préalable la négociation d'une chose, d'une valeur, qui est dans le commerce. En ce sens, elle est restrictive du droit commun, et prohibitive, si bien que, d'après l'art. 14 de la loi (*infrà, ch.* 3), la négociation d'actions ou de coupons d'actions dont la valeur serait contraire aux dispositions de l'art. 2 est punissable d'une amende de 500 à 10 000 francs. C'est donc à tort et par erreur qu'un publiciste, considérant ce dernier article comme absolument inutile, a cru pouvoir dire « que tout ce qui est dans le commerce peut être négocié, et que les actions *même non libérées du quart n'échappent pas à cette loi générale des choses.* » (1) La vérité est, au contraire, que le législateur a entendu faire ici une dérogation spéciale à cette loi générale des choses, et que dans cette vue précisément il a subordonné à une condition parfaitement déterminée la négociabilité des actions ou coupons d'actions des sociétés en formation.

902. Cependant il ne faudrait pas se méprendre sur la pensée du législateur, et de ce que les actions ne sont négociables qu'après le versement exigé, conclure qu'elles sont frappées d'une indisponibilité absolue tant que ce versement n'est pas effectué. La disposition prohibitive de la loi est limitée par son objet même. Or, elle a eu pour objet de chasser du marché ces titres ou plutôt ces simples promesses qui,

(1) Voy. M. Alfred de Courcy (*Expl. de la loi du 24 juill. 1867*, p. 73).

au fond, étaient sans réalité, et dont la transmission rapide par les voies usitées à la Bourse constituait l'agiotage et n'était qu'une opération de jeu. Donc, en imposant la condition d'un versement préalable, elle a eu en vue spécialement et uniquement la transmission de la propriété des actions par les voies commerciales, telles que l'endossement, le transfert, et autres moyens pratiqués à la Bourse. Par conséquent, elle ne touche en aucune manière aux aliénations ordinaires, à celles qui s'opèrent suivant les modes de transmission de propriété du droit civil, succession, donation, testament, transport signifié ou accepté. Ces aliénations, en effet, ne sont pas nécessairement spontanées; elles peuvent être forcées et résulter d'une faillite, d'une saisie, d'un décès. Même quand elles sont volontaires, elles se réalisent en des formes généralement exclusives de l'abus que le législateur s'est proposé d'atteindre. Il n'y avait donc aucune raison et il n'était même pas possible de les interdire ou même d'en subordonner les effets à une condition quelconque. Et, quoi qu'en dise le même publiciste, la distinction ne saurait être contestée (1). En effet, des dispositions analogues à celles de la loi actuelle étaient écrites dans les lois du 15 juillet 1845 et du 10 juin 1853 relatives aux actions des chemins de fer. Et en présence de ces dispositions qui prohibaient la *négociation* des promesses d'actions, il fut invariablement décidé par les tribunaux que le législateur avait *entendu* parler de la négociation par les voies commerciales, et *non de la* transmission par les voies du droit commun (2). Or, il est certain que, soit en 1856, soit en 1867, la disposition de la loi qui a subordonné à la condition d'un versement préalable la négociabilité des titres a été conçue dans le même esprit. Cela a été dit expressément dans l'Exposé des motifs de chacune de ces lois (3). La distinction est donc aussi certaine que si elle était expressément formulée (4).

III. — 903. Arrêtons-nous maintenant à la condition même sous laquelle les actions ou coupons d'actions d'une société en formation deviennent négociables. Cette condition, nous l'avons indiqué déjà, c'est le versement préalable d'une partie du capital. Seulement, et nous l'avons indiqué aussi, cette portion du capital qui doit être préalablement versée n'est plus, d'après la loi actuelle, la même que celle dont le versement devait être fait d'après la loi du 17 juillet 1856. Sous l'empire de cette dernière loi, les actions ou coupons d'actions n'étaient négociables qu'*après le versement de deux cinquièmes* (art. 3). Ainsi, outre le versement du quart qui était exigé pour la constitution

(1) *Id.* (*op. cit.*, p. 72).

(2) Voy. notamment Orléans, 19 févr., 17 août et 16 nov. 1848; Paris, 20 nov. 1848 et 31 juill. 1852; Rej., 12 août 1851 (Dall., 48, 2, 54; 49, 2, 1 et 3; 55, 5, 67; 51, 1, 285; S.-V., 48, 2, 666; 49, 2, 561, 564; 52, 2, 690; 51, 1, 650).

(3) Voy. M. Tripier (*loc. cit.*, p. 21).

(4) Voy. MM. Romiguière (*Loi de 1856*, n° 29); Bravard (*Expl.*, p. 28, et *Soc.*, p. 149); Quatre-Solz de Marolles (*Essai sur la comm.*, p. 55); Vavasseur (*Loi de 1856*, n° 72, et *Loi de 1867*, n° 92); Alauzet (n° 452); Rivière (*Loi de 1867*, n° 29); Ameline (*Rev. prat.*, t. XXIV, p. 355); Mathieu et Bourguignat (n° 26); Bédarride (*Loi de 1867*, n°s 51 et 58); Beslay et Lauras (n° 234); Dalloz (*Rép.*, v° Société, n°s 1165 et 1197). — *Comp.* M. Duvergier (*Notes sur la loi de 1856*, p. 340).

de la société (art. 1er), il fallait, pour que l'action devînt négociable, faire un second versement qui portât aux deux cinquièmes du montant des actions la totalité de la somme versée. Par exemple, les actions sociales étant de 500 francs, il fallait ajouter au versement de 125 francs, nécessaire pour que la société fût constituée, un second versement de 75 francs, qui, avec le premier, formait la somme totale de 200 francs, soit les deux cinquièmes de l'action. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui. Le législateur a pensé « qu'il y aurait une sorte de contradiction à exiger, pour la négociation des actions, un versement supérieur au quart, lorsque le versement du quart suffit pour la constitution de la société. » (1) En conséquence, il a réduit au quart la quotité du versement qui, en même temps qu'il constitue la société, confère aux titres des souscripteurs le caractère d'actions négociables.

904. C'est ce qui avait déterminé un membre du Corps législatif, M. Millet, à demander par voie d'amendement qu'il fût substitué à la rédaction de l'art. 2, proposée par la commission, la rédaction suivante : « La négociation des actions ou des coupons d'actions est interdite *avant la constitution définitive de la société*... » La portée de l'article proposé, disait l'auteur de l'amendement, est d'interdire la négociation des actions et coupons d'actions avant la constitution définitive de la société... Si tel est l'esprit de la loi, il faut absolument qu'elle le dise, surtout pour l'avenir, lorsque nous ne serons plus sous l'empire des lois de 1856 et de 1863, dans lesquelles la différence de la quotité entre les deux versements indiquait, du moins jusqu'à un certain point, la volonté de subordonner la négociabilité à la constitution définitive de la société (2). Néanmoins, l'amendement ne fut pas pris en considération. Mais pourquoi ? Uniquement parce qu'il parut inutile et que l'ensemble des dispositions de la loi donnait complétement satisfaction à l'idée qui l'avait inspiré. « *L'économie de la loi, dans son ensemble*, répondit le rapporteur de la commission, *implique cette idée*. Aux termes de l'article 1er, la société ne peut être définitivement constituée que quand le capital a été intégralement souscrit et le quart intégralement versé. Lorsqu'il y a des apports autres qu'en argent et des avantages stipulés, la constitution n'est possible qu'après l'appréciation de ces apports et de ces avantages par une assemblée générale tenue dans les conditions et dans les formes qu'organise l'art. 4. Donc, dans la réalité des choses, *ce n'est que quand la société aura été définitivement constituée que la négociation pourra être faite*... Faut-il aller au delà, et la loi ne donne-t-elle pas satisfaction aux critiques de notre honorable collègue ? » (3) Ces considérations ont déterminé le rejet de l'amendement. Il a été dès lors entendu que c'est seulement quand la société est constituée que les titres souscrits peuvent prendre le caractère d'actions négociables ; en d'autres termes, que l'art. 2 de la loi doit être pris dans le même sens

(1) Exposé des motifs de la loi de 1867 (Tripier, *loc. cit.*, p. 22) ; et Rapport de la commission du Corps législatif (*ibid.*, p. 114).
(2) Voy. M. Tripier (t. II, p. 464 à 466).
(3) *Id.* (*loc. cit.*, p. 468 et 469).

que le deuxième paragraphe de l'art. 50, lequel, écrit en vue des sociétés à capital variable, dit expressément que les actions ou coupons d'actions « ne seront négociables qu'après la constitution définitive de la société. » De là quelques conséquences.

905. Il en résulte, d'abord, que le quart à verser pour que les actions puissent être négociées doit être calculé sur le prix d'émission et non pas eu égard au taux minimum auquel les actions pourraient être émises. Par exemple, une société au capital de 200 000 francs peut, aux termes de l'art. 1er, § 1er, de la loi du 24 juillet 1867, diviser ce capital en coupures de 100 francs (*suprà*, n° 856). Mais il lui a convenu de le diviser en actions de 1 000 francs. C'est le quart de cette dernière somme qui devra être versé pour satisfaire à la condition mise par la loi à la négociabilité des actions, parce que c'est au versement préalable du quart ainsi calculé qu'est subordonnée la constitution définitive de la société. Les actions ne seront donc négociables que lorsqu'elles seront libérées jusqu'à concurrence de 250 francs, et non de 25 francs seulement.

906. Il en résulte de même que toute action libérée jusqu'à concurrence d'un quart n'est pas nécessairement et par cela même négociable; il faut que toutes les actions de la société soient libérées au moins dans la même proportion, puisqu'aux termes de l'art. 1er, § 2, de la loi, la société ne peut être définitivement constituée qu'*après le versement, par chaque actionnaire, du quart au moins des actions par lui souscrites*. C'est l'opinion commune (1). Elle est contestée cependant par M. Vavasseur. Ce judicieux commentateur des lois de 1856 et 1867 admet bien et pose en thèse « que la négociation des actions n'est permise qu'*après la constitution définitive de la société*. » Mais, négligeant bientôt ces prémisses, il ajoute : « Pour que la négociation soit possible, il n'est pas nécessaire que toutes les actions émises par la société soient libérées du quart; chaque actionnaire, en opérant cette libération, acquiert le droit de négocier ses actions, sans être obligé d'attendre les retardataires. » (2) C'est évidemment contradictoire. A tout prendre, les deux propositions pouvaient être émises, sans contradiction, sous l'empire des lois du 17 juillet 1856 et du 23 mai 1863, qui, l'une et l'autre, subordonnaient la négociabilité des actions au versement des deux cinquièmes, quand elles n'exigeaient que le versement du quart pour que la société fût constituée. En cet état de la législation, on conçoit que le versement du quart étant effectué sur le montant des actions souscrites ou du capital consistant en numéraire, un souscripteur, après avoir ajouté à son premier versement et l'avoir porté aux deux cinquièmes, pût se croire autorisé à prétendre qu'il avait acquis le droit de négocier ses actions sans avoir à attendre que les autres

(1) Voy. MM. Rivière (*Loi de 1867*, n° 28); Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 1169); Alauzet (n° 452); Ameline (*Rev. prat.*, t. XXIV, p. 395); Mathieu et Bourguignat (n° 27); Beslay et Lauras (n°s 256 et 257). *Comp.* M. Bédarride (*Loi de 1867*, n° 61).

(2) M. Vavasseur (*Loi de 1867*, n°s 94 et 95).

souscripteurs eussent fait aussi le versement complémentaire (1). Encore même cela était-il contesté, de bons esprits soutenant que les actions n'étaient négociables qu'à la condition d'être toutes libérées dans la même proportion (2). Mais, quoi qu'il en soit, comment les deux propositions seraient-elles conciliables aujourd'hui en présence de la loi nouvelle qui, modifiant l'état des choses, attribue au versement préalable, qu'elle fixe au quart, le double effet de permettre à la société de se constituer et de conférer aux titres des souscripteurs le caractère d'actions négociables? Ce versement du quart, c'est incontestablement, d'après la discussion même de la loi, la condition commune à laquelle sont maintenant subordonnées et la constitution définitive de la société, et la négociabilité des actions. Or, la société ne peut être définitivement constituée que lorsque le quart au moins a été versé par tous les actionnaires sur le montant des actions par eux souscrites : c'est alors que la condition est accomplie (art. 1er). Donc, tous les actionnaires aussi doivent avoir effectué ce même versement du quart, au moins, pour que les actions deviennent négociables. Ainsi, nous n'irons pas, avec M. Bédarride, jusqu'à dire que notre question, prévue et discutée par la majorité des auteurs, ne peut plus se présenter désormais, et que, le cas échéant où une action serait présentée à la négociation, toutes les autres n'étant pas libérées du quart, c'est la société elle-même qui, irrégulièrement constituée, serait frappée de nullité (3). La conséquence est exagérée : il ne se peut pas que le fait d'un souscripteur qui, se méprenant sur son droit, négocie ses actions avant qu'elles soient négociables, puisse avoir pour résultat d'empêcher la société d'arriver à sa constitution définitive et de se dire légalement constituée lorsque tous les actionnaires auront effectué leurs versements qui, pour être plus ou moins tardifs, ne sont pas nécessairement irréguliers (*suprà*, n° 890). Mais, d'un autre côté, on ne peut pas dire non plus, et même on peut encore moins dire, que les actions deviennent négociables à mesure qu'elles sont libérées jusqu'à concurrence du quart. Ce serait tout simplement nier le principe dans ses conséquences directes et naturelles; car, dès qu'en principe la négociation n'est permise qu'*après la constitution définitive de la société*, il va de soi qu'il ne saurait y avoir des actions négociables quand, toutes jusqu'à la dernière n'étant pas libérées du quart, la société n'est pas encore définitivement constituée.

907. Le versement du quart de toutes les actions n'est pas la seule condition à laquelle la constitution de la société est subordonnée. Par exemple, il peut se faire, et il arrive fréquemment, que parmi les actionnaires il y ait, outre les souscripteurs d'actions, des associés qui ont fait des apports en nature ou stipulé à leur profit des avantages particuliers. Le cas est prévu dans la loi par l'art. 4, dont l'explication fait

(1) Voy., en ce sens, M. Romiguière (*Loi du 23 mai 1863*, n° 40). Voy. aussi M. Bédarride (*loc. cit.*, n° 60).
(2) Voy. notamment M. Rivière (*Expl. de la loi de 1856*, n° 51).
(3) M. Bédarride (*loc. cit.*, nos 59 à 62).

l'objet du paragraphe qui va suivre. La société, en ce cas, n'est définitivement constituée, suivant la disposition expresse de cet article, qu'après l'approbation des apports ou des avantages, dans les conditions et les formes qu'elle détermine. Dès lors, les actions et coupons d'actions, fussent-ils tous libérés jusqu'à concurrence du quart, n'en resteraient pas moins non négociables tant que cette approbation ne serait pas intervenue. Cela, d'ailleurs, comme on l'a vu plus haut (n° 906), a été formellement reconnu dans la discussion de l'art. 2 de la loi.

908. Mais ce n'est pas tout : même après la souscription intégrale du capital et le versement du quart, même après la vérification et l'approbation des apports et des avantages particuliers, la société n'est pas encore définitivement constituée ; il lui reste à s'organiser pour sortir de cette période de formation dans laquelle il lui est interdit, sous de sévères sanctions, de commencer ses opérations. Ainsi, s'agit-il d'une société en commandite, il doit lui être immédiatement nommé, par l'assemblée générale des actionnaires, un conseil de surveillance qui aussitôt devra vérifier si toutes les dispositions prescrites par la loi ont été observées ; c'est là, aux termes des art. 5, 6 et 7, une condition constitutive dont nous aurons à nous occuper dans ce chapitre même (*infrà*, § 5). S'agit-il d'une société anonyme, une assemblée générale, convoquée après la constatation de la souscription du capital et du versement du quart, doit nommer les premiers administrateurs et les commissaires institués par l'art. 32 ; et, d'après l'art. 25, c'est à partir de l'acceptation des administrateurs et des commissaires que la société est constituée. Dès lors, les titres des souscripteurs ne prendront le caractère d'actions négociables qu'après l'accomplissement de ces formalités. C'est une dernière conséquence de la règle qui tient ces titres dans un état d'indisponibilité, sinon absolue au moins relative, tant que la société n'est pas réellement et définitivement constituée.

IV. — 909. Mais après l'accomplissement de toutes les conditions constitutives, cette indisponibilité relative est levée. Les actions et coupons d'actions, non transmissibles jusque-là, si ce n'est par les voies civiles (*suprà*, n° 902), peuvent désormais être *négociés*, c'est-à-dire transmis par les voies commerciales. Lorsque les statuts sociaux règlent le mode de transmission des actions, les souscripteurs, qui par leur souscription même ont adhéré aux statuts, doivent s'y conformer : la transmission de leurs titres n'est possible que suivant le mode établi par la convention sociale. Mais si les statuts sont muets sur le mode de transmission des titres, ou encore si les statuts ne parlent que pour indiquer de simples mesures d'ordre intérieur destinées à faire connaître à la société les cessions qui peuvent s'opérer, les souscripteurs ont à leur disposition tous les moyens de transmission du droit commercial, de tous ceux au moins dont l'emploi est compatible avec la forme du titre dont la propriété est cédée.

910. Ainsi, ils peuvent transmettre leurs titres suivant le mode indiqué par l'art. 36 du Code de commerce, c'est-à-dire par une simple

déclaration de transfert. C'est, d'après cet article, l'un des modes de transmission propres aux actions nominatives, aux actions dont la propriété peut être établie par une inscription sur les registres de la société. Dans ce cas, ajoute l'article précité, la cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur les registres, et signée de celui qui fait le transfert ou d'un fondé de pouvoir. On voit en quoi et comment ce mode diffère, par la forme, de la cession-transport du droit civil, dont, au surplus, nous l'avons dit, les souscripteurs pourraient faire usage encore après la constitution définitive de la société, et que les statuts de quelques rares sociétés imposent même comme seul mode de transmission des actions. La cession-transport exige, pour être efficacement translative, la rédaction d'un acte, l'intervention d'un officier ou public ou ministériel. Entre le cédant et le cessionnaire, la délivrance est bien opérée sans cela et par la simple remise du titre (C. civ., art. 1689). Mais vis-à-vis des tiers, il en est autrement; *le* cessionnaire, eût-il en mains soit le titre, soit la quittance du prix de la cession, n'aurait pas pour cela acquis la propriété : il n'est saisi à l'égard des tiers, dit l'art. 1690 du Code civil, que par la signification du transport au débiteur, ou par l'acception du transport faite par le débiteur dans un acte authentique. Le transfert ne comporte aucune de ces nécessités qui, il faut le dire, cadreraient mal avec les facilités et la rapidité nécessaires dans les transactions commerciales. Sans doute, la transmission du titre, objet du transfert, doit être connue et reconnue par le débiteur. Mais le fait est constaté, sans acte et sans l'intervention d'aucun officier public; une simple mention sur les registres de la société y suffit : l'inscription de la déclaration de transfert dont parle l'art. 36 du Code de commerce.

911. L'endossement est encore un moyen commercial dont les souscripteurs peuvent également faire usage dès que la société est définitivement constituée (1). M. Vavasseur incline pourtant à l'avis contraire. Lorsque, dit-il, le Code de commerce autorise la voie extra-civile de l'endossement, il s'explique formellement : ainsi pour la lettre de change, pour le billet à ordre, pour le connaissement, pour le contrat à la grosse. Dira-t-on que la voie de l'endossement est de droit commun pour le transport des valeurs commerciales? Mais cela n'est vrai que pour les titres de créance payables *à ordre;* or, l'action n'est point un titre de créance, mais un titre de propriété d'une part aliquote dans un fonds commun; il sera donc toujours prudent de faire l'inscription prescrite par l'art. 36, sauf à faire en même temps une mention de transfert au dos de l'action (2). Mais n'est-ce pas se méprendre tant sur la portée de l'art. 36 que sur la valeur de l'endossement considéré comme moyen de transmission? L'art. 36 n'est pas limitatif, c'est incontestable, et M. Vavasseur le reconnaît lui-même. Donc, de ce qu'il

---

(1) Voy. MM. Troplong (n° 146); Bravard (*Expl.*, p. 28); Championnière et Rigaud (*Traité des droits d'enregistr.*, n° 3685); Alauzet (n° 452); Rivière (n° 41); Beslay et Lauras (n°s 223 et suiv.).

(2) Voy. M. Vavasseur (*Loi de 1856*, n° 81, et *Loi de 1867*, n° 96).

indique un mode spécial de transmission, on ne peut pas justement conclure qu'il doit être exclusif des modes autres que celui qu'il prévoit. Or, l'endossement est précisément l'un de ces modes. C'est un moyen du droit commun pour la transmission, non pas de telles ou telles valeurs, mais des valeurs commerciales en général. Et dès lors on ne voit pas pourquoi l'usage ou l'emploi n'en serait pas permis pour le transport des droits et des valeurs que représentent les actions d'une société aussi bien que pour le transport des titres de créances. Ce sont là, en définitive, des valeurs ou des droits mobiliers dont la transmission, dès qu'elle n'est pas réglementée par une disposition expresse de la loi ou par les conventions sociales, doit pouvoir s'opérer suivant les modes admis dans la pratique du commerce. C'est ce que la Cour de cassation a reconnu récemment par un arrêt qui, bien qu'intervenu en matière fiscale, pose cependant le principe de la manière la plus nette. Il s'agissait, dans l'espèce, de l'application de la loi du 23 juin 1857 dont les art. 6 et 7, pour assurer la perception du droit sur la transmission des actions des sociétés, a rangé ces titres en deux catégories et a décidé que le droit de 20 centimes par 100 francs serait perçu, lors de chaque transfert, sur ceux qui ne se transmettent que par un transfert sur les registres de la société, et que pour tous ceux dont la transmission peut s'opérer sans un transfert la société aurait à payer une taxe annuelle de 12 centimes par 100 francs sur le capital émis. Ce dernier droit ayant été déclaré exigible, dans l'espèce, par le Tribunal civil de la Seine, la décision était attaquée comme contraire aux articles précités de la loi de 1857 et à l'art. 36 du Code de commerce, en ce que, dans le silence des statuts, les actions nominatives de la société n'étaient susceptibles d'être transmises que par un transfert sur les registres de la société. La Cour de cassation, chambre des requêtes, a rejeté le pourvoi et a déclaré « qu'en concluant du silence des statuts que la transmission des actions pouvait s'opérer valablement, sans transfert sur les registres de la société, et par tous les modes du droit commun, le jugement attaqué a fait une exacte application de la loi; que vainement, pour contester cette conséquence, le pourvoi soutient que l'art. 1861 du Code Napoléon et l'art. 36 du Code de commerce suffisent pour rendre obligatoire le transfert sur les registres de la société; que l'art. 1861 est sans application aux sociétés par actions, sociétés de capitaux, non de personnes; et que l'art. 36 du Code de commerce, en autorisant la transmission des actions par transfert, a voulu créer un mode nouveau et plus facile de transmission, mais non interdire les autres modes du droit commun... » (1) L'endossement étant un de ces modes du droit commun en matière de commerce, il est évident que les souscripteurs y peuvent recourir pour opérer la cession de leurs actions.

912. Au surplus, et en fait, le moyen est consacré par les statuts de sociétés nombreuses, dans lesquelles il est stipulé expressément que les actions sont transmissibles par endossement. Il convient cependant

---

(1) Req., 4 déc. 1867 (Dall., 68, 1, 175, 176; S.-V., 68, 1, 39; *J. Pal.*, 1868, p. 63).

d'ajouter que, parfois, la stipulation est accompagnée de certaines réserves : il est dit, par exemple, que, pour avoir effet vis-à-vis de la société, l'endossement devra être soumis à l'approbation et au visa des agents de la société, et être inscrit sur le registre dit des transferts. Mais, même dans ce cas, l'endossement reste maintenu comme moyen de transmission, ou du moins peut être considéré comme tel. Et la jurisprudence est allée jusqu'à décider qu'il est le véritable et le seul titre de la transmission; que les autres formalités dont, d'après les statuts, il doit être accompagné, sont dépourvues de tout effet juridique et ne peuvent être considérées que comme de simples mesures d'ordre intérieur destinées à faire connaître à la société les nouveaux titulaires des actions dont la cession a été opérée par l'endossement (1). Il n'en saurait être autrement qu'autant qu'il serait reconnu en fait que, loin d'être simplement des mesures d'ordre intérieur, les formalités qui doivent accompagner l'endossement constituent des conditions essentielles pour rendre la cession efficace et valable, et conférer aux actionnaires le titre et la qualité d'actionnaires (2). C'est là une application spéciale de la distinction ci-dessus indiquée (*suprà*, n° 909).

913. Reste un dernier mode, plus simple et plus rapide qu'aucun autre, le mode indiqué par l'art. 35 du Code de commerce : c'est la transmission qui se fait de la main à la main, par la tradition du titre. Mais pour que les actions puissent être cédées ainsi, il faut, comme le dit ce même article, qu'elles soient établies sous la forme de titres au porteur. Or, on le sait, les actions des sociétés en formation ne sont pas et ne peuvent plus être établies sous cette forme; elles sont nécessairement nominatives, et même après le versement du quart exigé comme condition nécessaire à la constitution de la société, elles ne peuvent pas cesser d'être telles. La tradition du titre est dès lors un moyen de transmission dont les actionnaires d'une société en formation ne sauraient être admis à faire usage pour céder leurs actions. Ce n'est pas à dire qu'ils soient privés à tout jamais de la faculté d'y recourir. Mais à quel moment cette faculté peut-elle leur être acquise? C'est demander, en d'autres termes, quand, comment et à quelles conditions les actions, nécessairement nominatives à l'origine, peuvent être converties ou transformées en titres au porteur. C'est le second objet du présent paragraphe.

V. — 914. Sur ce point également, la loi du 24 juillet 1867 se montre moins rigoureuse que celles auxquelles elle s'est substituée. La loi de 1856 avait établi, par rapport aux commandites, une règle qui se rapprochait de ce qui auparavant avait été vainement tenté par la doctrine et qui consistait à dire que la forme de l'action au porteur

(1) La Cour de cassation a rendu, en ce sens, des arrêts nombreux dont les derniers sont aux dates des 5 mars 1867, 8 et 15 décembre 1869, 15 mars 1870 (S.-V., 67, 1, 136; 70, 1, 177, 178, 271; *J. Pal.*, 1867, 306; 1870, 407, 409, 673; Dall., 67, 1, 116; 70, 1, 409).

(2) Voy., en ce sens, les deux arrêts du 26 janvier 1869 (S.-V., 69, 1, 321; *J. Pal.*, 1869, p. 792; Dall., 69, 1, 354).

était absolument incompatible avec cette espèce de société (1). Sans aller précisément jusqu'à consacrer cette incompatibilité prétendue, contre laquelle d'ailleurs protestait, d'après la généralité des auteurs et la jurisprudence, la disposition générale de l'art. 38 du Code de commerce (2), la loi de 1856 disait cependant, à l'art. 2, que « les actions des sociétés en commandite sont nominatives jusqu'à leur entière libération. » (3) Et cette disposition, la loi du 23 mai 1863 se l'était appropriée en vue des sociétés anonymes à responsabilité limitée (art. 3, § 3). Or, la loi nouvelle, sans répudier cette règle qu'elle maintient en principe ou qu'elle sous-entend, y fait pourtant une notable modification. Elle donne aux sociétés, en effet, la faculté, sous certaines conditions et suivant le mode qu'elle détermine, de transformer leurs actions, nécessairement nominatives à l'origine, en actions au porteur *après le versement de moitié*. « Il peut être stipulé, dit-elle, mais seulement par les statuts constitutifs de la société, que les actions ou coupons d'actions pourront, *après avoir été libérés de moitié*, être convertis en actions au porteur, par délibération de l'assemblée générale. » Telle est la disposition du premier paragraphe de l'art. 3 ; et cette disposition, on le voit, a cela de spécial que, sans poser la règle générale touchant le caractère nominatif des actions jusqu'à leur entière libération, et supposant ou sous-entendant cette règle, elle s'attache uniquement à préciser et à réglementer l'exception qu'elle permet d'y apporter. Disons comment doivent être entendues les conditions dans lesquelles se résume la réglementation.

915. Le texte de la loi est précis en ce point. La règle générale étant que les actions sont nominatives tant qu'elles ne sont pas entièrement libérées, la loi permet de déroger à cette règle et d'y faire exception : elle consacre, en faveur des sociétés, la faculté de décider que cependant leurs titres nominatifs pourront être convertis en actions au porteur, pourvu : 1° que la conversion ait été prévue et stipulée par les statuts constitutifs de la société ; 2° que les actions soient libérées de moitié ; et 3° que l'assemblée générale, usant du droit que les statuts ont dû lui réserver, vote et autorise la transformation des titres. L'exercice de cette faculté, ou la conversion des actions, est donc subor-

---

(1) Voy., dans le Traité de M. Delangle (n° 504), la consultation en ce sens, délibérée par Dupin et Persil. *Junge :* MM. Pardessus (n° 1033) ; Horson (Quest. 14 et 15) ; Vincens (*Soc. par actions*, p. 89).

(2) Voy. *ibid.* la Consultation de M. Devaux (du Cher). *Adde :* MM. Troplong (n°s 147 et suiv.) ; Delangle (*op. cit.*, n° 502) ; Bravard (p. 129) ; Fremery (*Et.*, p. 59) ; Molinier (n° 512) ; Malepeyre et Jourdain (p. 143) ; Bécane (*Quest. sur les soc.*, p. 26). — Paris, 7 févr. 1832 (Dall., 32, 2, 107 ; S.-V., 32, 2, 25). *Comp.* Paris, 14 févr. 1832 (Dall., 32, 2, 123).

(3) Cela s'appliquait, bien entendu, aux actions des sociétés constituées. Jugé, en effet, que le simple fait d'ouverture d'une souscription publique d'actions d'une société projetée et de remise aux souscripteurs d'un récépissé provisoire de versement n'avait pas le caractère d'émission d'actions quand la société n'était pas définitivement constituée par la souscription de la totalité du capital ; en sorte que ces récépissés pouvaient être au porteur, bien que l'action souscrite ne fût pas entièrement libérée. Crim. rej., 8 févr. 1861 (S.-V., 61, 1, 668 ; *J. Pal.*, 1862, p. 346 ; Dall., 61, 1, 296).

donné à trois conditions distinctes, l'une de fond, les deux autres de forme.

VI. — 916. La condition de fond, c'est le versement de moitié.

A cet égard, une seule remarque : la conversion des actions en titres au porteur n'est possible qu'autant qu'elles sont *toutes* libérées au moins jusqu'à concurrence de moitié. M. Vavasseur, reproduisant en ce point spécial sa doctrine, contestée plus haut, relativement au versement du quart auquel est subordonnée la négociabilité des actions (*suprà*, n° 906), enseigne pourtant que chacun des actionnaires qui aura libéré ou libérera ses actions de moitié aura le droit de se faire délivrer immédiatement des titres au porteur, sans attendre que les autres actions soient libérées de la même manière (1). Telle n'est pas assurément la pensée de la loi. La transformation des actions est opérée, d'après le texte, par délibération de l'assemblée générale; et comme cette délibération ne peut pas n'être pas prise en vue de toutes les actions dont le montant constitue le capital de la société, il est évident que le versement de moitié après lequel la conversion des titres peut avoir lieu s'entend du versement de la moitié de ce capital (2). C'est ainsi, d'ailleurs, que la loi a été expliquée dans la discussion dont elle a été l'objet. Le rapporteur de la commission du Corps législatif, répondant à l'auteur d'un amendement proposé en vue de garantir autant que possible le recouvrement intégral de l'action, a dit : « Le système de la commission fait intervenir un élément de sécurité bien autrement sérieux, c'est le vote de l'assemblée générale, juge de l'intérêt et des besoins de la société. Sa délibération attestera deux choses : la première, *que la moitié* DU CAPITAL *a été réellement versée;* la seconde, que la société est dans un état prospère, car, sans cela, comment viendrait-elle dégager les souscripteurs primitifs ou leurs cessionnaires? » (3) Il n'y a donc pas à équivoquer sur la portée de la condition de fond : la transformation des actions non intégralement libérées n'est possible qu'autant que la moitié *du montant de toutes les actions* a été réellement versée. Passons aux conditions de forme.

VII. — 917. Il faut d'abord que la conversion ait été prévue ou stipulée par les statuts de la société, et ensuite qu'elle soit votée après délibération de l'assemblée générale. Quelques auteurs ont pensé qu'en cela il y avait excès dans les prescriptions de la loi. Pourquoi, a-t-on dit, faut-il une délibération spéciale de l'assemblée? Pourquoi les statuts eux-mêmes ne contiendraient-ils pas la stipulation que les actions seront ou pourront être converties en actions au porteur après libération de moitié? Il n'y en a aucune raison, puisque la délibération de l'assemblée pourra suivre de quelques semaines à peine la rédaction des statuts, si tel est le vœu des actionnaires. Autant vaudrait donc que les statuts exprimassent la condition, et les tiers n'en seraient même que

---

(1) Voy. M. Vavasseur (n° 104).

(2) Voy. MM. Rivière (n° 31); Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 1146); Mathieu et Bourguignat (n° 31); Beslay et Lauras (n° 298); Bédarride (n°s 69 et 70).

(3) Voy. le Recueil de M. Tripier (t. I, p. 256).

mieux avertis (1). Nous disons, au contraire, qu'il y a une raison puissante pour que la société, ou l'assemblée générale qui la représente, soit appelée à se prononcer. Que sa délibération puisse intervenir un peu plus tôt, un peu plus tard après la rédaction des statuts, cela est sans importance; car, en tout état de cause, cette délibération sera nécessairement prise, quoi qu'en ait dit M. Vavasseur (2), après que toutes les actions seront libérées de moitié, l'assemblée pouvant seulement alors être mise à même d'attester, suivant l'expression ci-dessus rappelée du rapporteur de la commission, « que la moitié du capital a été réellement versée. » Mais ce qui importe à la société, c'est que les titres, quand ils sont libérés de moitié seulement, ne perdent pas leur forme d'actions nominatives, sans qu'elle ait été consultée, et qu'ayant reconnu l'opportunité de la conversion, elle l'ait autorisée. La loi attache, en effet, à la transformation des actions, des conséquences fort importantes; ce qui en va résulter, ce n'est pas seulement que les titres dans leur forme nouvelle acquerront la plus grande facilité de circulation; c'est encore, comme nous l'allons expliquer tout à l'heure, que les souscripteurs et leurs cessionnaires seront, à un moment donné, libérés de la moitié restant à verser. Or, qui plus que la société a intérêt à veiller à ce qu'une mesure dont l'effet sera d'affecter le fonds social dans sa consistance ne soit pas prise à contre-temps? Et comment la loi aurait-elle pu permettre que le fait restât à la disposition du rédacteur des statuts et s'accomplît en dehors de la société et sans son intervention? On comprend donc à merveille que le législateur ait réduit le rôle des fondateurs ou des rédacteurs des statuts, et qu'en leur laissant le soin de stipuler que les actions pourront être converties après libération de moitié, il ait réservé à la société elle-même le droit de dire s'il convient de donner suite à la stipulation et de permettre que la conversion prévue soit opérée. La double condition imposée par la loi est donc complétement justifiée.

918. C'est *dans les statuts constitutifs* de la société que la conversion doit être stipulée. Ainsi, le premier soin des fondateurs, en rédigeant les statuts, doit être de s'édifier pleinement sur la nature de la société qu'ils entendent fonder. Il est des sociétés dont les opérations exigent que le capital soit versé en totalité dans un délai plus ou moins bref; d'autres, au contraire, vivent et fonctionnent sans avoir besoin de faire appel à un capital qu'elles ont seulement comme garantie vis-à-vis des tiers, mais qui généralement n'est réalisé qu'en petite partie ou même n'est pas réalisé du tout. Les fondateurs devront aviser, et suivant que la société qu'ils se proposent d'établir se placera dans l'une ou l'autre catégorie, ils omettront la clause relative à la conversion ou l'inséreront dans les statuts. Mais, dans le premier cas, la société ne pourrait plus prétendre au bénéfice de l'exception, consacrée par l'art. 3 de la loi nouvelle, d'avoir des titres qui, bien que non entièrement libérés, peuvent cependant exister en la forme de l'action au porteur. Cet ar-

(1) Voy. notamment M. Alfred de Courcy (p. 79).
(2) Voy. M. Vavasseur (n° 104).

ticle, en effet, est conçu dans une pensée absolument restrictive ; il exige que la conversion soit prévue et stipulée dans *les statuts constitutifs* de la société, pour que l'assemblée, qui seule a le droit de la voter, puisse être appelée à en délibérer. Par cela même, il implique l'idée que si les statuts sont muets à cet égard, il ne pourrait plus y avoir lieu à délibération par l'assemblée générale, et, quoi qu'il arrivât, la société ne pourrait jamais réparer l'omission et ressaisir, au cours de son existence, la faculté de conversion que ses statuts constitutifs ne lui auraient pas réservée. Cette conséquence, admise par tous les auteurs, a été relevée par quelques-uns comme susceptible de justifier les critiques qu'ils dirigent contre le système de la loi. On cherche vainement, ont-ils dit, les motifs de la restriction : pourquoi contraindre les sociétés à annoncer, dès l'origine, la faculté de convertir les actions? La conversion ne devait-elle pas rester, pour la société, une faculté de droit commun? Restreindre cette faculté, n'est-ce pas, même sans l'ombre d'un prétexte, faire échec au principe de la liberté des conventions (1)? Nous croyons qu'il y a ici une méprise, et par suite un peu d'exagération. Que la conversion doive rester, pour les sociétés, une faculté de droit commun, c'est certain ; et cela (nous y reviendrons bientôt) ne saurait être contesté en tant que les titres à convertir en actions au porteur *sont entièrement libérés*. Mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit ici. L'art. 3, il faut le remarquer, consacre, par exception, la faculté pour les sociétés de convertir leurs titres nominatifs en actions au porteur quand la moitié du montant reste encore à verser. Or, il importe au plus haut degré que l'acte social porte à la connaissance du public l'existence de cette faculté, à raison même de l'effet de la transformation des titres sur la consistance du capital social. Il est certain, en effet, que tel qui n'hésitera pas à traiter avec une société dont les actions devront rester nominatives tant qu'elles ne seront pas entièrement libérées, pourrait ne pas vouloir lui faire confiance si le pacte social le mettait en présence de l'éventualité d'une conversion par l'effet de laquelle la garantie offerte par la société se trouvera réduite de moitié! Il n'y a donc rien d'excessif à exiger que cette éventualité soit indiquée dans les statuts constitutifs, et il n'y a rien de contraire au principe de la liberté des conventions à faire de l'indication dans le pacte social la condition sans laquelle la transformation des titres en actions au porteur ne pourra pas être faite avant qu'ils soient entièrement libérés.

919. Mais si la disposition de l'art. 3 est limitative dans le sens que nous venons d'indiquer, elle n'établit pas une formule sacramentelle pour la stipulation qu'elle exige. Prise à la lettre, la disposition de la loi impliquerait l'idée que la stipulation devrait charger l'assemblée générale de convertir par délibération spéciale les actions ou coupons d'actions en actions au porteur, après versement de moitié. « Il peut être stipulé, dit en effet le paragraphe premier de l'art. 3, que les actions ou coupons d'actions pourront, après avoir été libérés de moitié,

(1) Voy. M. Vavasseur (nº 102).

être convertis en actions au porteur par délibération de l'assemblée générale. » Il est certain pourtant que la stipulation pourrait n'être pas reproduite en ces termes, sans compromettre le droit pour la société d'opérer la conversion de ses actions, et surtout sans qu'il pût être rien changé au mode suivant lequel la conversion doit être opérée. Ainsi, les statuts constatent et précisent que les actions pourront, après versement de moitié, être transformées en titres au porteur, sans dire expressément que la transformation sera délibérée et votée par l'assemblée générale. On dirait à tort qu'en ces termes, la stipulation est insuffisante, et que la faculté pour la société de convertir en actions au porteur ses titres non encore entièrement libérés, ne pourra pas être exercée. Plus à tort encore dirait-on que la délibération, sur laquelle les statuts ont gardé le silence, ne sera pas nécessaire, et que la conversion pourrait avoir lieu sans que l'assemblée générale en eût délibéré. L'induction, raisonnable autant que juste, qui seule peut être tirée de la clause telle qu'elle a été insérée dans les statuts constitutifs, c'est que les rédacteurs ont eu la pensée de satisfaire à la loi, et ainsi, qu'en indiquant aux tiers, par la publicité des statuts, qu'après avoir été libérées de moitié, les actions pourraient être converties en titres au porteur, ils ont entendu et virtuellement annoncé que la conversion serait opérée suivant le mode déterminé par la loi.

VIII. — 920. Ceci nous conduit à la seconde des deux conditions de forme exigées par la loi : la délibération et le vote de l'assemblée générale. C'est d'abord une question de savoir si cette assemblée générale, dont l'intervention est ici requise, doit être une assemblée ordinaire délibérant à la simple majorité. Quelques auteurs se prononcent pour l'affirmative, estimant que, dans le silence de la loi et des statuts, ce n'est pas le cas de se référer soit à l'art. 4 de la loi, soit aux art. 27 et suivants, lesquels articles s'occupent d'assemblées ayant pour mission de constituer la société ou de modifier les statuts, et ne sont pas dès lors applicables dans notre espèce, où il ne s'agit que de l'exercice d'une faculté réservée par les statuts (1). D'autres pensent, au contraire, que, pour que l'assemblée générale offre les garanties que la loi s'en est promise, il faut que tous les intérêts y aient accès, que tous les actionnaires y soient présents ou représentés et puissent s'y défendre (2). Nous inclinons à ce dernier avis : en définitive, le vote affirmatif de l'assemblée sur la conversion doit avoir cet effet, important au plus haut degré, de libérer, à un moment donné, les souscripteurs et leurs cessionnaires par le versement de moitié seulement du montant des actions, et de réduire ainsi notablement le capital social dans sa consistance. Or, cela touche de bien près à la constitution même de la société; et c'est une raison assurément pour instituer l'assemblée de qui doit émaner la mesure dans les mêmes conditions de garantie que celles qui auraient à statuer sur la constitution même de la société. Dans tous les cas, dès lors, et

---

(1) Voy. M. Vavasseur (nº 103).
(2) Voy. M. Bédarride (nº 71).

même dans celui où les statuts, s'occupant des assemblées générales, en règlent l'organisation, l'assemblée, qui a la mission spéciale de délibérer sur la transformation des titres, doit être constituée comme celle qui, aux termes de l'art. 4 dont nous allons présenter le commentaire dans le paragraphe suivant, est appelée à statuer sur l'approbation des apports en nature ou des avantages particuliers. Ainsi, ce sera, non point une assemblée ordinaire, mais une assemblée générale à laquelle tous les actionnaires sans exception auront été convoqués, dont la délibération devra être prise à la majorité des actionnaires présents, et dont le vote ne sera acquis qu'autant que la majorité comprendra le quart des actionnaires et représentera le quart du capital social en numéraire.

921. Seule, l'assemblée générale ainsi constituée peut donner suite et effet à la réserve des statuts, c'est-à-dire consacrer et rendre effective la mesure éventuellement stipulée dans le pacte constitutif. Son intervention est exigée par la loi, pour offrir aux tiers et à la société elle-même une garantie nouvelle et la garantie la plus sûre contre toute surprise. Car, ainsi que le disait le rapporteur de la commission dans la discussion de la loi : « Il n'est pas possible de croire que l'assemblée générale des actionnaires, par une sorte de suicide, par un acte de véritable démence, si la société n'est pas excellente, si elle a besoin, dans un avenir prochain, de faire un appel aux ressources des souscripteurs, à leur garantie personnelle, les libère en autorisant la transformation des actions nominatives en actions au porteur. » (1) L'assemblée générale aura donc à s'assurer d'abord de l'exact accomplissement des conditions premières imposées par la loi, à savoir : le versement réel de la moitié du capital et l'indication, dans les statuts constitutifs, d'une conversion éventuelle ou possible des titres avant qu'ils soient entièrement libérés; elle vérifiera ensuite, d'après la situation actuelle et même future de la société, s'il convient de maintenir les actions sous la forme nominative ou de les convertir en actions au porteur; enfin, elle statuera en conséquence et au mieux des intérêts bien entendus de la société.

922. L'intervention de l'assemblée générale, ou sa délibération prise par la majorité des actionnaires présents dans les termes ci-dessus indiqués est, en toute hypothèse, la condition nécessaire de la transformation des actions, en tant que le montant n'en est pas intégralement versé. Nous n'exceptons pas même le cas où il résulterait du pacte social et des constatations par acte notarié, qui doivent suivre la constitution définitive de la société (art. 1er, § 3, et art. 24, § 2), que chaque actionnaire, en souscrivant, a versé la moitié et plus du montant des actions par lui souscrites. Ces constatations ne suffiraient même pas à établir *légalement* que la condition relative au versement est accomplie, puisque, dans la pensée de la loi, c'est à l'assemblée générale qu'il appartient de constater l'accomplissement de la condition. Mais quand

(1) Voy. le Recueil de M. Tripier (t. II, p. 478).

même on admettrait que la preuve, sur ce point, est complète et suffisante, il ne s'ensuivrait assurément pas que l'on pût délivrer immédiatement aux actionnaires des titres au porteur sans que l'assemblée eût été appelée à délibérer et sans qu'elle eût autorisé la création et la délivrance sous cette forme d'actions dont, en définitive, la société n'a pas encore reçu le montant intégral. Qu'importe, en effet, que le versement de moitié ait accompagné la souscription même des actions? L'intervention de l'assemblée, l'appréciation par elle de l'état de la société, sa délibération et son vote, en sont-ils moins nécessaires que si la *libération partielle* des titres ne se fût produite que plus ou moins de temps après la constitution définitive de la société? Les conséquences inhérentes à la forme de l'action au porteur, les surprises et les dangers qui en peuvent résulter pour les tiers et pour la société, sont les mêmes dans les deux cas. Il n'y a donc aucune raison pour que la société et les tiers soient privés, dans celui-ci, de la garantie établie par la loi, d'une manière générale d'ailleurs, précisément en vue de prévenir ces surprises et ces dangers. L'assemblée générale devra donc, en ce cas comme en tout autre, être réunie; ou plutôt on devra profiter de ce qu'aux termes des art. 5 et 25, elle est nécessairement réunie à l'effet de compléter l'organisation de la société, pour lui soumettre la question relative à la forme des titres et la mettre en mesure de décider si ces *titres, libérés* de moitié seulement, peuvent cependant être créés *au porteur* sans péril pour la société.

923. Lorsque l'assemblée générale, la moitié du montant des actions étant réellement versée, donne suite à la stipulation des statuts et autorise la conversion, le bénéfice de l'exception établie par l'art. 3 est acquis, et chaque souscripteur peut se faire délivrer des titres au porteur en échange de ses actions nominatives. Au contraire, si la délibération de l'assemblée aboutit à un vote négatif, la conversion n'est pas possible; les actions, qu'elles soient dans les mains des souscripteurs primitifs ou qu'elles aient été négociées, restent nécessairement nominatives. Sous ce rapport, il en est, dans cette hypothèse, comme dans celle indiquée plus haut (n° 920), où, à défaut de la réserve, dans les statuts, de la faculté de convertir les actions après le versement de moitié, l'assemblée générale ne peut pas même être appelée à délibérer.

924. Mais de ce que le premier paragraphe de l'art. 3 n'est pas susceptible de recevoir application, faut-il conclure que, dans ces deux hypothèses, les actions devront rester indéfiniment nominatives entre les mains des souscripteurs ou des cessionnaires? Non sans doute. L'art. 3, nous le répétons, règle un cas d'exception; il réserve la faculté de convertir en titres au porteur, sous les conditions déterminées, les actions nominatives *avant qu'elles soient intégralement libérées*. Mais, nous l'avons indiqué déjà (*suprà*, n° 916), il n'entend pas supprimer la règle générale qui, d'après les lois de 1856 et 1863, n'imposait aux titres la forme de l'action nominative que *jusqu'à leur entière libération*. Dès lors les actionnaires, s'ils n'ont pas, dans les deux

hypothèses en question, le bénéfice de l'exception établie par la loi nouvelle, peuvent du moins invoquer la règle générale que cette loi a laissée subsistante. Et, en conséquence, à moins qu'il n'ait été stipulé par les statuts que les actions resteront toujours nominatives, ils pourront, après *libération effective* par le versement intégral du montant des actions, obtenir la conversion de ces actions en titres au porteur. Nous disons « après libération *effective* », et par là nous entendons contester la doctrine d'après laquelle il faudrait considérer comme suffisante la libération anticipée, c'est-à-dire celle qui résulterait de la réduction du capital social au montant des actions réellement souscrites (1). Nous avons établi plus haut (n° 886) que cette théorie de la libération anticipée n'est pas admissible, condamnée qu'elle est par le principe de la loi qui fait de la souscription *de la totalité du capital social* l'une des conditions nécessaires pour la constitution définitive des sociétés. Par là même nous avons repoussé par avance la doctrine à laquelle nous faisons ici allusion. C'est donc par la libération *effective* que, dans les deux cas supposés, les souscripteurs arriveront à faire convertir en titres au porteur leurs actions nominatives.

925. Comment et par quel moyen? On a dit que, même en ce cas, la conversion doit être ordonnée par décision de l'assemblée générale *prise à l'unanimité des actionnaires* (2). C'est trop exiger. Nous admettons que si, par exemple, il avait été stipulé par les statuts que les actions de la société seraient et resteraient toujours nominatives, la conversion des actions en titres au porteur, même après qu'elles seraient intégralement libérées, constituerait une modification aux statuts, et, par suite, qu'il faudrait, pour qu'elle fût possible, sinon une délibération prise à l'unanimité des actionnaires, au moins la décision favorable d'une assemblée constituée et composée comme doit l'être toute assemblée appelée à délibérer sur des modifications aux statuts de la société. (Nous verrons au titre suivant comment l'assemblée doit être constituée en ce cas.) Mais quand, rien n'ayant été prévu par les statuts touchant la transformation des actions, la règle générale subsiste et permet la conversion des actions dès qu'elles sont entièrement libérées, on ne comprendrait pas la nécessité d'une délibération prise à l'unanimité des actionnaires pour autoriser cette conversion. L'action étant complétement libérée, qu'importe ce qu'elle devient? Et en quoi la société est-elle intéressée à ce que le titre reste nominatif ou prenne la forme de l'action au porteur? Quels que soient la marche et le résultat des opérations sociales, rien ne pourra plus être demandé ni au souscripteur primitif, ni aux cessionnaires du chef d'actions dont le montant est intégralement versé. Pourquoi et à quoi bon dès lors exiger l'assentiment de tous les actionnaires à ce fait de la conversion aussi absolument indifférent en ce cas? Il nous paraît plus juste de dire, dans cette hypothèse où la conversion des titres va en quelque sorte de droit,

(1) Voy. M. Vavasseur (n° 106).
(2) Voy. MM. Beslay et Lauras (n°s 301 et suiv.).

que tout souscripteur ou cessionnaire dont les actions sont complétement libérées doit être admis, dès que les statuts de la société n'y font pas obstacle, à se faire délivrer des titres au porteur ; et, dans tous les cas, si une délibération de la société pouvait être nécessaire, il suffirait assurément qu'elle fût prise par une assemblée ordinaire délibérant à la simple majorité.

926. Nous n'avons pas à insister davantage sur ce qui a trait à la forme des actions, et nous passons au dernier objet du présent paragraphe : nous voulons parler de la responsabilité des actionnaires et de leur obligation envers la société touchant le payement du montant des actions souscrites.

IX. — 927. Sur ce point, aussi bien que sur ceux qui précèdent, la loi actuelle apporte au système absolu des lois antérieures un très-notable tempérament.

La loi de 1856 d'abord, et puis celle de 1863, nous le rappelons, avaient posé en principe et comme expression du droit commun la responsabilité absolue, indéfinie, des souscripteurs d'actions. Dans le projet qu'il avait proposé, le Gouvernement n'allait pas jusque-là. Il craignait de nuire à l'esprit d'association par des responsabilités qui, même après que le souscripteur aurait cédé ses actions, pèseraient sur lui indéfiniment ou du moins tant que la prescription la plus longue ne serait pas accomplie. En conséquence, il se rattachait au précédent établi par l'art. 8 de la loi du 15 juillet 1845 sur les chemins de fer, d'après lequel les premiers souscripteurs n'étaient responsables que jusqu'à concurrence du versement des *cinq premiers dixièmes* sur le montant des actions par eux souscrites ; et, sur l'autorité de ce précédent, il proposait une disposition analogue, en ce sens que, tout en déclarant les souscripteurs d'actions responsables, en principe, du payement du montant total de leurs actions, elle permettait cependant de déroger à cette prescription, mais seulement *jusqu'à concurrence de moitié de chaque action*. Mais la commission du Corps législatif, en 1856, s'était prononcée contre cette dernière réserve. Elle avait entendu faire, de la responsabilité absolue, pleine et entière du souscripteur primitif, la conséquence et pour ainsi dire le corollaire du principe d'après lequel la société ne pouvait être définitivement constituée qu'*après la souscription de la totalité du capital*. Elle voulait donc que les souscripteurs fussent responsables du montant intégral des actions. « Cette disposition, disait-elle, *a pour elle le droit*... On n'a pas un capital *vraiment souscrit* quand le souscripteur originaire peut se retirer d'une entreprise après un versement partiel. » (1) Et c'est ainsi que, par l'initiative du Corps législatif, il avait été posé en principe, par les lois de 1856 et de 1863, que « les souscripteurs d'actions seraient, nonobstant toute stipulation contraire, responsables du montant total des actions par eux souscrites. »

928. Ce principe n'a pas été formulé dans la loi du 24 juillet 1867,

---

(1) M. Tripier (*Loi de 1856*, p. 45, n° 140).

qui, aujourd'hui, régit la constitution des sociétés par actions. Il ne faudrait pas en conclure pourtant qu'il a été complétement abandonné. Assurément, nous ne retracerons pas ici les discussions auxquelles ce point de droit a donné lieu au sein du Corps législatif; ce travail, d'ailleurs, a été fait avec soin (1), et le résumé même le plus succinct que nous en ferions allongerait notre Commentaire outre mesure sans l'éclairer beaucoup. Mais nous pouvons dire que de tous les systèmes qui se sont trouvés en présence dans ces discussions si longues et si tourmentées aucun n'a été défendu avec plus d'ensemble et de vigueur que celui qui, faisant appel aux précédents de 1856 et de 1863, tendait à ce que le souscripteur fût déclaré personnellement obligé au versement intégral du montant de son action (2). Il était formulé dans nombre d'amendements dirigés tant contre le projet du Gouvernement qui, fidèle au système qu'il n'avait pu faire triompher en 1856, le reproduisait de nouveau, que contre le projet amendé de la Commission, qui, plus facile que celle de 1856, se reliait à l'idée de la libération par le versement de moitié, et, dans cette voie, allait même plus loin que le Gouvernement (3). Soutenus avec énergie, ces amendements, s'ils ne furent pas acceptés dans tout ce qu'ils avaient d'absolu, eurent au moins ce résultat de faire rejeter les autres systèmes. Et il arriva que, saisie à nouveau de l'examen de la question, la Commission proposa et fit admettre, *à titre de transaction* (4), les dispositions de l'art. 3, dont le premier paragraphe, expliqué déjà en partie (*suprà*, nos 914 et suiv.), et qu'il importe de rappeler ici, établit « qu'il peut être stipulé, mais seulement par les statuts constitutifs de la société, que les actions ou coupons d'actions pourront, après avoir été libérées de moitié, être converties en actions au porteur par délibération de l'assemblée générale »; et dont le second paragraphe, limitant les effets de la conversion ainsi autorisée, ajoute : « Soit que les actions restent nominatives après cette délibération, soit qu'elles aient été converties en actions au porteur, les souscripteurs primitifs qui ont aliéné les actions et ceux auxquels ils les ont cédées avant le versement de moitié, restent tenus au payement du montant de leurs actions pendant un délai de deux ans, à partir de la délibération de l'assemblée générale. »

929. Que faut-il induire de là? Évidemment, qu'en ce qui concerne la responsabilité des actionnaires, tout comme par rapport à la forme des actions, l'art. 3 contient des dispositions purement exceptionnelles dont l'objet n'est pas autre, ainsi que nous l'avons indiqué déjà (*suprà*, n° 914), que de préciser, soit dans ses conditions d'existence, soit dans

(1) Voy. notamment la Collection des travaux préliminaires de la loi de 1867, par M. Tripier (t. I, p. 401 à 487, et t. II, p. 463 à 489).

(2) Voy. les Discours et Observations de MM. Jules Simon, de Janzé, Louvet, de Beauverger, Pouyer-Quertier, Millet, etc. (M. Tripier, t. I, *loc. cit.*).

(3) Voy. le Rapport fait au nom de la Commission, à la séance du 3 mai 1867 (M. Tripier, t. I, p. 111 et suiv.).

(4) Ainsi ont été qualifiées les dispositions de l'art. 3 par le rapporteur lui-même : « La Commission, a-t-il dit, a cru par là entrer dans le sentiment de la Chambre et réaliser *la transaction* à laquelle le renvoi dont elle avait été saisie l'avait provoquée. » (M. Tripier, t. II, p. 478.)

ses effets, l'exception déterminée qu'elles ont voulu consacrer. Elles n'infirment donc en aucune manière le principe général, à savoir : que le souscripteur ou l'actionnaire est personnellement obligé au payement des sommes que ses actions représentent. Loin de là : l'art. 3 suppose ce principe ou il le sous-entend ; et s'il statue, s'il dispose, c'est uniquement en vue de fixer la mesure dans laquelle les sociétés auront la faculté de déroger à ce principe. Aussi, pour ne pas s'égarer dans l'étude et l'application de cet article dont, il en faut convenir, la rédaction embarrassée et confuse prête par plus d'un point à la critique, qui, du reste, ne lui a pas été épargnée (1), importe-t-il de séparer du principe qu'il suppose ou qu'il sous-entend, l'exception ou la dérogation spéciale qu'il autorise. C'est la marche que nous allons suivre : nous nous placerons donc successivement dans les deux hypothèses qui peuvent se présenter : 1° celle où les actions étant ou pouvant être converties en titres au porteur, après avoir été libérées de moitié au moins, les actionnaires sont, par le bénéfice de l'exception, affranchis de toute obligation personnelle quant au payement du surplus ; 2° celle où les actions restant nécessairement nominatives jusqu'à complète libération, l'obligation pour les actionnaires d'en payer le montant subsiste dans les termes du droit commun, et demeure soumise dès lors à la règle générale que l'art. 3 suppose sans la formuler.

I. — 930. Trois questions principales se présentent à résoudre dans la première hypothèse. En quoi consiste l'exception organisée par la loi ? A qui profite-t-elle ? En quel cas le bénéfice en peut-il être invoqué ?

Sur le premier point, il faut le reconnaître, l'exception se résume, en définitive, dans ce système de la libération par le versement de moitié contre lequel les auteurs de la loi de 1856 s'étaient prononcés si énergiquement, et qui, en 1867, rencontrait encore tant d'adversaires résolus dans le sein du Corps législatif. A cet égard, les explications de la Commission ne laissent aucun doute : « *Si cette faculté de libérer l'action par le versement de la moitié du capital qu'elle représente* était interdite, a-t-elle dit par l'organe de son rapporteur,... il en résulterait cette anomalie que la loi actuelle, plus libérale dans sa pensée première que les lois antérieures, créerait, en réalité, une situation très-difficile aux sociétés anonymes, en raison de la connexité étroite qui rattache les disposions qui les concernent à celles qui régissent la commandite... En effet, il était dans les habitudes du conseil d'État, quand il autorisait les sociétés anonymes, de permettre la libération des souscripteurs par le versement de moitié. Et la loi nouvelle l'interdirait ! Eh bien, nous

---

(1) M. Vavasseur, notamment, dit, peut-être avec exagération, qu'en ce qui concerne la responsabilité des actionnaires, l'art. 3 n'a résolu aucune des questions signalées auparavant et qu'il a fait surgir de nouvelles et inextricables difficultés (n° 108). M. Beudant accepte cette appréciation, et il ajoute que l'art. 3 fait déjà et fera peut-être longtemps *le désespoir des interprètes*. Constatons, toutefois, que le judicieux et savant professeur n'a eu garde de désespérer ; et il faut s'en féliciter, car, dans une étude à tous égards remarquable, il a donné de ce texte le commentaire le mieux fait pour en dissiper les obscurités et en préciser la signification (*Rev. crit.*, t. XXXIII, p. 18 et suiv.).

avons pensé qu'*il était nécessaire de retenir cette faculté en la transportant du conseil d'État, dont l'autorisation n'est plus nécessaire, à l'assemblée générale*, et en lui donnant, en outre, ce correctif, cette garantie complémentaire de la prescription de deux ans, après laquelle le souscripteur primitif peut être libéré. » (1)

931. Mais hâtons-nous d'ajouter (ce qu'indiquent d'ailleurs les derniers mots de l'observation qui précède) que le seul fait du versement de moitié ne suffit pas à donner à l'actionnaire la faculté de se dégager de son obligation personnelle relativement au payement du surplus. L'art. 3 pose les conditions spéciales et fixe les réserves auxquelles il entend soumettre l'extinction de l'obligation personnelle.

D'abord, cette extinction se rattache, comme conséquence légale, à la conversion des actions ou à la faculté acquise de les convertir en titres au porteur; la loi, en effet, procède de l'idée qu'en général du moins la forme nominative de l'action est l'expression et en quelque sorte le signe de la responsabilité de l'actionnaire. Or, c'est seulement *par un vote de l'assemblée générale* que les actions, alors que la moitié reste encore à payer, peuvent cesser d'être nominatives et être converties en actions au porteur (art. 3, § 1). Donc, il est vrai de dire que la libération par le versement de moitié, loin de dépendre de la seule volonté du souscripteur ou du cessionnaire, est le fait de la société elle-même, qui, appelée à délibérer en assemblée générale, a autorisé la conversion des actions. Voilà la condition imposée par la loi et aussi la première garantie. « Il n'est pas possible de croire, dit en effet le rapporteur de la Commission du Corps législatif, que l'assemblée générale des actionnaires, par une sorte de suicide, par un acte de véritable démence, si la société n'est pas excellente, si elle a besoin, dans un avenir prochain, de faire un appel aux ressources des souscripteurs, à leur garantie personnelle, *les libère en autorisant la transformation des actions nominatives en actions au porteur*. » (2)

Ensuite vient la réserve. Elle est établie par le deuxième paragraphe de l'art. 3, lequel, pour assurer et garantir autant que possible la sincérité et la loyauté du vote de conversion, règle et limite l'effet légal de la libération qui s'y rattache ou en résulte. Le législateur veut prévenir les conversions frauduleuses opérées en vue ou en prévision du mauvais état des affaires de la société et dans l'unique pensée que, par là, les actionnaires arriveront à se soustraire à l'obligation qui les menacerait de compléter le payement du montant des actions. En conséquence, il ne permet pas que l'effet légal du vote de conversion se produise actuellement et immédiatement, au moins pour ceux qui ont pu ou dû être appelés à prendre part à la délibération. Ceux-là ne sont qu'éventuellemet affranchis de l'obligation de verser la seconde moitié; ils demeurent responsables et personnellement tenus, pendant deux ans encore, à partir du vote de conversion.

---

(1) M. Tripier (t. II, p. 478 et 479).
(2) *Id.* (*loc. cit.*, p. 478).

932. Ce dernier point a été l'objet d'assez vives critiques. M. Bédarride notamment, qui, — très-inexactement d'ailleurs, nous le verrons bientôt, — ne conçoit l'application de l'art. 3 que dans le cas où le souscripteur s'est retiré de la société par une cession de ses actions antérieure au versement de moitié, ne peut pas s'expliquer la responsabilité se prolongeant deux ans encore après la délibération de l'assemblée générale. « Les actions étant négociables après le versement du quart, dit-il, le souscripteur qui les négocie use d'un droit, et, s'il le fait de bonne foi et sans fraude, on ne voit pas pourquoi, puisqu'on l'exonère de la responsabilité indéfinie, on lui impose cette responsabilité pendant un délai quelconque. Sans doute, *le but du législateur a été de prévenir les cessions frauduleuses* inspirées par le mauvais état des affaires de la société ; aussi n'est-ce qu'après avoir constaté l'état prospère de la société que l'assemblée générale autorisera cette transformation des actions qui, *ipso facto,* libère le souscripteur. Mais si cet état prospère existe au jour de la délibération, évidemment il existait *au jour de la cession,* qui lui est antérieur. Conséquemment, *la bonne foi qui a présidé à la cession* ne saurait être douteuse. Pourquoi, dès lors, la traiter comme si elle pouvait être suspecte de fraude? (1)

Il y a, dans tout cela, une méprise évidente sinon sur le but que le législateur s'est proposé, au moins sur ce qui a été et a dû être l'objet *principal* de son attention. Tout serait bien, en effet, dans l'argumentation de M. Bédarride, si, comme il le suppose et le prétend, le législateur se fût arrêté au fait de la cession de ses actions par le souscripteur, entendant faire de cette cession la condition essentielle de la libération des cédants dans les termes où elle est établie par l'art. 3. Mais il n'en est rien : cette libération se rattache à la conversion des actions nominatives en actions au porteur par l'assemblée générale des actionnaires ; elle se rattache à ce fait *exclusivement,* si bien que, soit qu'il aliène ses actions, soit qu'il les garde, le souscripteur, comme nous le verrons tout à l'heure (*infrà,* n° 936), en peut invoquer le bénéfice. Dès lors, ce qui devait être l'objet principal des préoccupations du législateur, c'est ce fait même de la conversion des actions, c'est aussi le moyen d'en assurer le loyal accomplissement. Et c'est, en effet, à cela surtout qu'il a songé, comme l'indiquent nettement, malgré quelques inexactitudes échappées à l'improvisation, les explications fournies par le rapporteur de la Commission du Corps législatif. « La Commission, a-t-il dit, a pensé que le sentiment de la Chambre était de ne pas libérer d'une manière absolue, *après le versement de la moitié de l'action, soit les souscripteurs primitifs, soit les cessionnaires qu'ils se seraient donnés jusque-là...* La Chambre n'a pas voulu qu'un souscripteur ou un cessionnaire, *placé au sein de la société, assistant à ses délibérations, aux actes de sa vie quotidienne, entrevoyant dans un avenir prochain la catastrophe, la ruine, que le public n'aperçoit pas encore,* pût, par une cession (*par son vote,* fallait-il dire), se dégager

(1) Voy. M. Bédarride (n° 73).

d'une manière complète... » Puis, arrivant aux moyens adoptés pour prévenir le danger, le rapporteur ajoute : « Là où les statuts auront prévu la libération possible des souscripteurs par le versement de la moitié, l'assemblée générale interviendra;... *puis, examinant la situation présente et même future de la société,* elle dira en pleine et parfaite connaissance de cause s'il est possible de libérer le souscripteur ou son cessionnaire... Il y a là une première garantie. — La seconde est celle-ci : En aucun cas, quelle que soit la délibération de l'assemblée générale, qu'elle transforme les actions nominatives en actions au porteur, ou que ces actions demeurent nominatives (1), le souscripteur et les cessionnaires demeureront responsables, à partir de la délibération elle-même, pendant une durée de deux années encore. *Il n'est pas possible d'imaginer la prévision à une aussi longue échéance des catastrophes et des ruines qui pourraient inciter les souscripteurs ou les cessionnaires à se débarrasser de leurs actions pour échapper à la responsabilité.* » (2)

Or, c'est à la fois l'indication précise du fait qui a été l'objet de l'attention du législateur ainsi que des dangers spéciaux auxquels la loi a entendu parer, et l'explication du moyen auquel elle a cru devoir s'arrêter pour atteindre le but. Le fait surveillé, c'est évidemment le vote même de l'assemblée générale, le vote de conversion des actions, ce fait important entre tous, puisqu'il doit avoir pour conséquence qu'à un moment donné, la garantie du capital social offerte aux créanciers pourra être diminuée de moitié. La loi veut avant tout que cette conversion soit sincère, loyale, opérée avec opportunité. Il faut que ceux qui sont appelés à en délibérer, souscripteurs primitifs ou cessionnaires qui auraient acquis des actions dès qu'elles sont devenues négociables (après le versement du quart), ne soient pas incités à l'autoriser à contre-temps, dans la pensée que la conversion une fois votée, ils seront par cela seul et immédiatement déliés de leur obligation personnelle, et qu'en se débarrassant de leurs actions, ils seront affranchis aussitôt de toute contribution aux pertes nouvelles que la société pourrait avoir à subir. C'est à cela précisément et à nulle autre chose que le législateur, ici, se propose d'aviser. Par cela même, la seconde disposition de l'art. 3 se comprend à merveille, et cette prolongation de la responsabilité pendant deux ans a aisément raison de la critique qu'elle inspire à M. Bédarride. Les actionnaires étant avertis que, loin d'être libérés par un effet immédiat du vote qu'ils vont émettre, ils resteront encore personnellement obligés au payement du montant des actions souscrites, il n'y a pas à craindre qu'ils votent dans la pensée de se soustraire soudainement à des responsabilités que l'état des affaires sociales pourrait leur faire entrevoir, puisque, de par la loi, cette pensée n'est pas réalisable. Ainsi donc, décréter la suspension de l'effet qui légalement doit résulter du vote de conversion, c'est, en réalité, garantir la sincérité, la loyauté, de ce vote; et, quoiqu'il puisse être discuté, le

(1) Expressions inexactes en tant qu'on les étendrait à autre chose qu'à la garantie complémentaire dont il est question dans cette partie des Observations (*infrà*, n° 945).
(2) Voy. M. Tripier (*loc. cit.*).

délai de deux ans assigné à cette suspension n'affaiblit pas la garantie, en définitive : le vote, en effet, ne saurait être suspect, même les affaires sociales et l'état de la société vinssent-ils à péricliter deux ans plus tard, car il serait difficile de le considérer comme émis en prévision de sinistres ou de désastres que généralement du moins on n'entrevoit pas d'aussi loin.

933. En résumé donc, la loi, tout en supposant qu'en principe les actions restent nominatives jusqu'à complète libération, admet pourtant qu'elles peuvent, après avoir été libérées au moins de moitié, être converties en actions au porteur par délibération de l'assemblée générale des actionnaires. Les actions, alors, n'affectent plus ou peuvent ne plus affecter cette forme nominative, qui est, en général, le signe de la responsabilité; en sorte que le vote de l'assemblée qui autorise la conversion implique, comme effet légal, l'affranchissement, pour les souscripteurs primitifs et leurs cessionnaires, de l'obligation personnelle au payement du surplus. Seulement, cet effet légal n'est pas actuel et immédiat vis-à-vis de tous ceux qui ont possédé ou qui possèdent des actions non intégralement libérées. La loi veut avant tout prévenir les conversions frauduleuses, opérées en vue ou en prévision du mauvais état des affaires de la société. Elle pouvait donc admettre, et de fait elle admet virtuellement, que ceux qui n'auraient acquis des titres non libérés *qu'après* le vote de conversion par l'assemblée générale ne seront tenus par aucune obligation personnelle à compléter le payement de l'action, parce que ceux-là n'ont pris et n'ont pas pu prendre part au vote de conversion, qui était un fait accompli quand ils sont devenus actionnaires. Mais elle n'a pas dû vouloir, et de fait elle n'a pas voulu, qu'il en fût de même relativement aux souscripteurs primitifs et aux cessionnaires devenus tels *avant* le vote de conversion; ceux-là ont concouru ou ont pu concourir à ce vote, par cela même l'effet légal qui en résulte est *suspendu* vis-à-vis d'eux, et ils restent encore tenus et personnellement responsables, sinon indéfiniment, comme sous l'empire des lois de 1856 et de 1863, au moins pendant un délai de deux ans à partir de la délibération autorisant la conversion des actions.

C'est en cela précisément que consiste l'exception introduite par l'art. 3 au principe de la responsabilité indéfinie des actionnaires; et nous avons répondu par là à la première question.

XI. — 934. La seconde, celle de savoir qui peut se prévaloir de l'exception, semblerait résolue par cela même. On pourrait, en effet, en se référant tout simplement à ce qui précède, dire que l'exception doit profiter à tous les actionnaires, sans nulle autre différence entre eux que celle qui résulte du texte même de la loi. D'après cela, l'actionnaire, qui n'est devenu tel qu'*après* le vote de conversion, dont l'exception est la conséquence directe et légale, en profite *immédiatement,* en ce sens qu'à son égard, l'obligation personnelle ne prend même pas naissance, l'action répondant seule pour lui; et ceux qui, comme souscripteurs ou cessionnaires, étaient ou avaient été actionnaires *avant,* en profitent éventuellement, en ce sens qu'ils restent bien tenus, pendant un délai

de deux ans, de l'obligation de compléter le payement des actions souscrites, mais qu'ils cessent d'être obligés personnellement après l'expiration de ce délai. On pourrait donc ne pas insister autrement sur la question. Nous nous y arrêterons pourtant un instant pour préciser quelques points de détail et écarter certaines restrictions que mal à propos, selon nous, la doctrine a supposées.

935. Ainsi, on a dit « qu'après le délai de deux ans, les souscripteurs primitifs ne sont plus tenus personnellement *si les actions ont été mises au porteur.* » (1) Et cela supposerait qu'il en est autrement et que le bénéfice de l'art. 3 n'est pas acquis au souscripteur qui, après le vote de conversion par l'assemblée générale des actionnaires, aurait gardé ses actions en leur forme originaire d'actions nominatives. Or, rien ne serait moins fondé qu'une telle restriction. Lorsque l'assemblée générale, les actions étant libérées de moitié, en autorise la conversion, elle vote du même coup et par cela même que désormais l'obligation personnelle ne garantit pas le payement du surplus ou qu'après deux ans elle cessera de le garantir. C'est là l'effet légal de ce vote de conversion; c'est la conséquence qui en résulte invariablement, soit que le souscripteur transforme ses actions, soit qu'il leur laisse la forme nominative. Pour qu'il en fût autrement dans cette dernière hypothèse, il faudrait supposer que la délibération de l'assemblée et le vote de conversion sont obligatoires. Mais il n'en est rien : la délibération et le vote confèrent une simple faculté que nul n'avait jusque-là, celle de mettre au porteur des titres qui, n'étant pas complétement libérés, ne pourraient pas, en principe, circuler en cette forme. Ils laissent donc les actionnaires libres d'agir à leur gré et selon leur convenance, sans que, de quelque manière qu'ils agissent et quelque parti qu'ils prennent, l'effet attaché à la délibération et au vote en puisse être modifié. Telle est la pensée de la loi; et c'est aussi ce qu'exprime le texte lui-même, puisque l'exception au principe de la responsabilité indéfinie est édictée « soit que les actions restent nominatives après la délibération, soit qu'elles aient été converties en actions au porteur. » Or, cela signifie, non point, comme on l'a supposé par une évidente méprise (*infrà*, n° 945), que l'exception a lieu *quelle que soit la délibération de l'assemblée,* et, par conséquent, même quand le vote est contraire à la conversion des actions, mais précisément que le bénéfice en est acquis à l'actionnaire, soit qu'après la délibération favorable à la conversion, il ait fait usage de la faculté qu'il avait désormais de faire mettre les siennes au porteur, soit qu'il n'ait pas voulu user de cette faculté (2). Il n'y a donc pas à équivoquer : ce serait aller contre la volonté de la loi que de faire de la mise des actions au porteur une condition à laquelle serait subordonné le bénéfice de l'art. 3.

936. D'un autre côté, on a dit que le souscripteur qui conserve ses

(1) Voy. M. Alfred de Courcy (p. 79).

(2) Voy., en ce sens, MM. Mathieu et Bourguignat (n° 31); Rataud (*Rev. crit.*, t. XXXII, p. 382); Beudant (*ibid.*, t. XXXIII, p. 33); Valette (*le Droit* du 31 mai et juin 1869); Lombard (*op. cit.*, p. 101); Sourdat (*op. cit.*, p. 122).

titres, conserve par cela même son caractère et sa qualité d'associé, et, par suite, ne saurait prétendre au bénéfice de l'art. 3, lequel, d'après ses propres termes, ne statue qu'à l'égard de « souscripteurs primitifs *qui ont aliéné leurs actions.* »

Mais cette restriction n'est pas mieux fondée que la précédente. Elle trouve pourtant un plus grand appui dans la doctrine (1); et M. Bédarride, qui s'y rattache avec énergie, va jusqu'à dire « que personne n'a jamais été tenté de soutenir et moins encore d'enseigner » que l'art. 3 pourrait profiter même au souscripteur qui n'aurait pas aliéné ses actions. Toutefois, l'auteur s'est étrangement avancé en cela. La solution qu'il conteste a été soutenue et très-doctement enseignée. M. Rataud d'abord, le savant professeur de droit commercial à la Faculté de Paris, tient que l'autorisation de convertir les actions en titres au porteur étant donnée par l'assemblée générale, on ne peut faire aux souscripteurs des positions inégales, maintenir l'obligation personnelle pour les uns et en affranchir les autres; en conséquence, il enseigne qu'à l'expiration des deux années, l'engagement personnel disparaît aussi bien pour ceux *qui n'ont pas aliéné leurs actions que pour ceux qui les ont cédées.* MM. Rivière, Beslay et Lauras ensuite, pensent de même qu'après deux ans, la conversion des actions étant votée par l'assemblée générale, les souscripteurs primitifs sont libérés, *même sans qu'ils aient cédé leurs actions.* Enfin, M. Beudant se prononce énergiquement dans le même sens, et démontre, par une argumentation décisive, l'inadmissibilité de la restriction précitée (2).

Et comment, en effet, pourrait-elle être admise dans le système qui, sur cette grave question de la responsabilité des actionnaires, a fini par prévaloir dans les discussions de 1867, et dont les rédacteurs de l'art. 3 ont entendu donner la formule? Elle serait fondée, sans doute, si le Corps législatif avait sanctionné par son vote le projet du Gouvernement; car ce projet, conçu en termes restrictifs, réservait la faculté de stipuler par les statuts qu'après le payement de la moitié, *ceux des souscripteurs qui auraient cédé les actions* seraient affranchis de l'obligation personnelle de payer l'autre moitié (3). Mais justement ce projet est tombé sous le vote du Corps législatif; et certes, ce n'est pas la Commission à laquelle l'examen de la question fut renvoyé qui aurait voulu le relever. Elle avait elle-même combattu le projet; et, allant plus loin dans cette voie de la libération par le versement de moitié, elle aurait voulu, et nonobstant les résistances du conseil d'État, elle avait persisté à demander qu'au moyen d'une stipulation précise dans les statuts constitutifs de la société, le souscripteur fût toujours et dans tous les cas libre, après avoir libéré ses actions de moitié, de s'affranchir du

(1) Voy. MM. Alauzet (n° 455); Vavasseur (n° 109, 114 et 120); Bédarride (n° 75 et 76); Lombard (p. 100); Sourdat (p. 123).

(2) MM. Rataud (*Rev. crit.*, t. XXXII, p. 383); Rivière (n° 36, *in fine*); Beslay et Lauras (n° 326, *in fine*); Beudant (*Rev. crit.*, t. XXXIII, p. 34 et suiv.). *Comp.* MM. Mathieu et Bourguignat (n° 31).

(3) Art. 2 du projet, présenté, soit le 3 mai 1867, soit le 5 juin suivant (M. Tripier, t. II, p. 623 et 639).

payement du surplus (1). A la vérité, le Corps législatif n'avait pas admis non plus le projet ainsi amendé. Mais toujours est-il que, résolue à maintenir pour base l'idée de la libération par le versement de moitié, la Commission n'avait pas pu songer, dans le nouvel examen qu'elle avait dû faire, à la distinction ou à la réserve contre laquelle elle s'était elle-même prononcée. Ce qu'elle proposa donc, ce qu'elle soumit aux délibérations du Corps législatif, ce fut son propre système, modifié en cela seulement qu'à la stipulation des statuts était substituée la double garantie que nous connaissons, à savoir : 1° l'intervention de l'assemblée générale ; 2° la suspension, pendant un délai de deux ans, de l'effet libératoire du vote de conversion des actions à l'égard de ceux qui avaient pu concourir à ce vote. Or ce système, admis du reste par le Corps législatif dans les termes mêmes où il était proposé, est exclusif de la restriction en question. Il l'exclut non pas seulement à raison de son origine, mais encore et surtout par son économie même. Et en effet, l'affranchissement de l'obligation personnelle du souscripteur, après un délai de deux ans, y étant présenté comme la conséquence directe d'un fait unique, le vote de conversion en titres au porteur des actions libérées de moitié, il n'est pas possible d'admettre que, le fait une fois accompli, la conséquence ne doive pas se produire la même, soit que le souscripteur ait aliéné ses actions, soit qu'il les ait conservées.

D'après cela, on comprend que nous soyons peu touché de l'argument du texte auquel s'arrêtent à peu près exclusivement les partisans de l'opinion contraire. Il est vrai qu'en limitant cet effet de la libération qui, suivant le § 1er, de l'art. 3, doit résulter du vote de conversion, le § 2 exprime que « les souscripteurs primitifs *qui ont aliéné les actions*, et ceux auxquels ils les ont cédées avant le versement de moitié », resteront encore tenus pendant un délai de deux ans. Mais qu'est-ce à dire? Serait-ce que les membres de la Commission, rédacteurs de l'art. 3, auraient entendu qu'il en serait autrement, et spécialement que la responsabilité serait indéfinie pour le souscripteur *qui n'aurait pas aliéné ses actions*? Non, incontestablement. Outre que leur opinion personnelle avait toujours été absolument contraire à la distinction, la preuve certaine qu'ils n'ont pas voulu la consacrer résulte des explications fournies en leur nom au cours de la discussion. N'ont-ils pas dit, notamment, qu'ils avaient simplement voulu retenir la faculté dont usait le conseil d'État, quand il autorisait les sociétés anonymes, de permettre la libération des souscripteurs par le versement de moitié? N'ont-ils pas expliqué que tout s'était borné pour eux, en retenant cette faculté, *à la transporter du conseil d'État, dont l'autorisation n'était plus nécessaire, à l'assemblée générale* (suprà, n° 930)? Comment donc supposer qu'en attribuant purement et simplement aux actionnaires réunis en assemblée générale le rôle même qui autrefois avait été rempli par le conseil d'État, les rédacteurs de l'art. 3 auraient eu

(1) Voy. l'art. 2 du projet amendé par la commission (M. Tripier, t. I, p. 114).

la pensée de faire dépendre la libération du souscripteur de la cession de ses titres, et de la subordonner par là à une condition que le conseil d'État n'y avait jamais mise? Qu'ont-ils donc voulu? Rien autre chose que suspendre, à titre de garantie complémentaire, l'effet légal du vote qui, les actions n'étant libérées que de moitié, en autorise la conversion en titres au porteur, et maintenir pendant un certain temps, nonobstant ce vote qui en principe implique libération, la responsabilité ou l'obligation personnelle de tous ceux qui, souscripteurs primitifs ou cessionnaires, étaient tenus personnellement, au moment du vote, à compléter le payement des actions. Par où l'on voit qu'expliquée d'après cette donnée, la disposition de l'art. 3, — équivoque et ambiguë sans aucun doute, puisque d'excellents esprits y ont été trompés, — revient à dire que les *souscripteurs primitifs, et, concurremment avec eux en cas de cession des actions, ceux auxquels ils les ont cédées, restent tenus du payement du montant des actions pendant deux ans encore à partir du vote*.

937. Par là aussi seraient tranchés d'autres points qui, mal à propos, croyons-nous, ont été mis en question. L'art. 3, a-t-on dit, s'occupe bien des souscripteurs primitifs et de ceux auxquels ils auraient cédé leurs actions « avant le versement de moitié. » Mais il y a d'autres hypothèses qu'il n'a pas prévues. Les actions peuvent avoir été cédées par le souscripteur primitif, soit après le versement de moitié mais avant le vote de conversion, soit après ce vote et au cours des deux années pendant lesquelles la libération reste suspendue, soit enfin après l'expiration de ce délai de deux ans. Quelle sera, dans ces divers cas, tous imprévus, dit-on, la situation des souscripteurs et des cessionnaires? Auront-ils le bénéfice de l'art. 3? ou bien seront-ils indéfiniment obligés, ou, au contraire, immédiatement libérés? Autant de questions sur lesquelles la doctrine se divise, et aboutit à des solutions généralement contraires à l'économie de la loi qui, nous le croyons, ne laisse réellement en dehors de ses prévisions aucune des hypothèses signalées. Nous allons nous en convaincre en les reprenant successivement.

938. Et d'abord, lorsque la cession a eu lieu entre le versement de moitié et le vote de conversion, le souscripteur et le cessionnaire sont précisément dans la situation établie par l'art. 3, c'est-à-dire qu'affranchis, en principe, de l'obligation personnelle par l'effet de la délibération de l'assemblée générale intervenue après la cession, ils restent néanmoins tenus au payement du montant de l'action pendant le délai de deux ans à partir de cette délibération. On opposerait vainement que, d'après le texte, la situation n'est ainsi réglée qu'à l'égard de ceux à qui les titres ont été cédés *avant le versement de moitié*. Car, à ce point de vue de la libération après le délai de deux ans seulement, le versement de moitié et la délibération ou le vote de conversion sont choses équivalentes que le législateur ne sépare pas, l'une étant la condition nécessaire sans laquelle l'autre ne peut pas se produire (*suprà*, n° 916). Et la preuve qu'il les confond dans sa pensée et qu'il les prend indistinctement comme ayant la même signification dans le deuxième

paragraphe de l'art. 3, c'est qu'en même temps qu'il maintient pendant deux ans l'obligation personnelle de ceux qui ont acquis avant le *versement de moitié,* il fixe à *la délibération de l'assemblée générale* le point de départ de ce délai.

Il faut donc repousser comme absolument inexacte la solution des auteurs qui, ayant cru pouvoir poser la question, ont imaginé de faire rétroagir les avantages de la délibération et de décharger immédiatement les cessionnaires de toute obligation, estimant que « cette solution n'a rien de trop exorbitant, puisqu'en définitive la condition à laquelle la loi soumet la décharge des actionnaires, c'est-à-dire *le payement de moitié,* était rempli et *qu'il ne manquait plus que les conditions de forme.* » (1) Il est difficile assurément de se méprendre d'une manière plus complète sur l'économie de la loi.

Sans doute, l'exception qu'elle fait au principe de la responsabilité absolue et indéfinie de l'actionnaire se résume, en définitive, dans l'idée de libération par le versement de moitié : c'est là le fond des choses. Mais ce n'est pas le payement ou le versement de moitié qui par lui-même opère la libération et l'affranchissement de l'actionnaire. Ce qui libère l'actionnaire et l'affranchit, c'est précisément ce que, par une étrange inversion des choses, on appelle une simple condition de forme, c'est la délibération de l'assemblée générale qui, le capital de la société étant réalisé au moins jusqu'à concurrence de moitié par le versement de moitié de chaque action souscrite, autorise la conversion des titres de la société en actions au porteur. L'affranchissement ou la libération de l'actionnaire procède directement de cette délibération même à la faveur de laquelle les actions jusque-là nominatives seront ou pourront être converties en titres au porteur. Comment donc serait-il affranchi celui qui, ayant acquis avant la délibération, n'a pu recevoir que des actions nominatives, lesquelles, même libérées de moitié, n'ont pas pu légalement cesser d'être nominatives tant que la conversion n'en a pas été autorisée par le vote de l'assemblée! Évidemment, celui-là est personnellement tenu du payement total, concurremment avec celui qui lui a cédé ses actions. Et même, après le vote de conversion, leur obligation personnelle ne pourra disparaître qu'à l'expiration du délai de deux ans, dans les termes de l'art. 3. Car, par cela même que la cession est antérieure à la délibération, ils sont l'un et l'autre sous le coup de la mesure qui, pour prévenir les conversions frauduleuses, maintient, pendant ce délai, la responsabilité ou l'obligation personnelle de quiconque a pu concourir à la délibération soit par lui-même, soit par le cessionnaire sérieux ou fictif qu'il se serait donné (*suprà,* n° 932).

939. D'après cela, la solution se précise en quelque sorte d'elle-même pour la seconde hypothèse, celle où la cession postérieure au vote de conversion a lieu au cours des deux années qui suivent ce vote. M. Vavasseur enseigne qu'on pourrait accorder le bénéfice de l'art. 3 *au*

(1) Voy. M. Lombard (*op. cit.,* p. 98 et 99).

souscripteur et au cessionnaire, et, par suite, les dégager l'un et l'autre à l'expiration du délai de deux ans (1). Mais, suivant M. Bédarride, il faudrait distinguer : si la transformation des actions *n'avait pas été autorisée par l'assemblée générale,* la cession postérieure laisserait le souscripteur et le cessionnaire indéfiniment responsables; au contraire, si la transformation avait été autorisée, la cession intervenue ultérieurement *libérerait de droit les actionnaires* (2).

Bien entendu, nous écartons tout d'abord cette dernière distinction. Si l'assemblée générale s'était déclarée contre la conversion des actions, la question de savoir à qui doit profiter l'exception établie par l'art. 3 ne se poserait même pas. Les actions, alors, restant nécessairement nominatives jusqu'à complète libération, la responsabilité des actionnaires subsisterait entière dans les termes du droit commun (*infrà,* n° 945); et, dès lors, l'exception de l'art. 3 serait hors de cause. La question ne se pose donc que lorsque la délibération de l'assemblée générale a été favorable à la transformation des actions. Et, dans ce cas, la solution de M. Vavasseur qui dégage le souscripteur et le cessionnaire à l'expiration du délai de deux ans, et celle de M. Bédarride d'après laquelle l'actionnaire, souscripteur ou cessionnaire, serait immédiatement et de plein droit dégagé, sont inexactes l'une et l'autre, ou tout au moins elles ne sont exactes chacune que pour moitié. Elles ont le tort commun d'assimiler et de confondre deux situations qui sont essentiellement différentes : la situation du souscripteur et celle du cessionnaire.

Quant au souscripteur, il demeure, nonobstant le vote de conversion et la cession qu'il a faite depuis, personnellement obligé tant que le délai de deux ans n'est pas encore expiré. Il était titulaire de l'action alors qu'elle impliquait obligation personnelle d'en acquitter le montant. A ce titre, il a pris ou il a pu prendre part au vote par lequel l'assemblée générale a autorisé la conversion. Par cela même et par cela seul, le délai de deux ans lui est opposable, et, quoi qu'il fasse, qu'il aliène ses actions ou qu'il les garde, il ne peut pas échapper à la responsabilité et se soustraire à l'obligation personnelle qui le lie tant que ce délai n'est pas expiré.

Mais le cessionnaire, lui, a plus que cela à prétendre. Venu dans la société par une acquisition de titres faite après que la conversion en était légalement autorisée, il ne peut être lié par une obligation personnelle qui ne survit, pendant quelque temps, au vote de l'assemblée générale, qu'à l'encontre de ceux qui ont pu concourir à le former. Il doit donc être immédiatement dégagé; ou plutôt, par cela même qu'il a acquis des actions quand elles étaient déjà ou pouvaient légalement être converties en actions au porteur, l'obligation personnelle n'a pas pris naissance à son égard. Par lui-même, le vote qui, les actions étant libérées de moitié, en a autorisé la transformation, a rendu ces actions transférables désormais, sans que ceux à qui elles sont transférées en-

(1) M. Vavasseur (n°s 120 et suiv.).
(2) M. Bédarride (n°s 78 et suiv.).

courent aucune responsabilité personnelle : ce sont les actions elles-mêmes qui répondent pour eux du payement de l'autre moitié.

940. Enfin, dans la dernière hypothèse, celle d'une cession d'actions opérée après l'expiration du délai de deux ans, il n'y a plus à distinguer. Le résultat est le même pour tous : c'est l'extinction de l'obligation personnelle tant des cessionnaires que du souscripteur primitif. Ils sont tous libérés : l'action seule répond ; elle est seule débitrice de ce qui peut rester à payer sur la somme qu'elle représente. C'est là une induction nécessaire, car elle est le complément ou la réalisation même de la pensée dans laquelle la disposition de l'art. 3 est conçue.

M. Vavasseur propose cependant une induction absolument contraire, et, sans justifier sa proposition autrement que par la supposition, toute gratuite à notre avis, « que le cas serait imprévu » dans cet article, il décide que lorsque la cession des actions a été faite après les deux années, le souscripteur et les cessionnaires restent indéfiniment obligés (1). Ainsi entendue, la loi conduirait à des conséquences assurément bien étranges : M. Beudant, qui, du reste, avec tous les auteurs, conteste cette solution (2), en a fait la très-juste remarque. Étant donné que, dans le cas de cession avant le versement de moitié le cédant et le cessionnaire sont incontestablement libérés dans les termes de l'art. 3 par suite du vote ultérieur de conversion des actions, quoi de plus étrange, en effet, que le résultat auquel on aboutirait ! Il y aurait des cédants et des cessionnaires affranchis de l'obligation personnelle, bien qu'au jour de la cession ils n'eussent aucune raison de compter sur ce vote de conversion qui est venu les placer après coup dans l'exception ; et, à côté, il y aurait d'autres cédants et cessionnaires qui, parce qu'ils auraient traité quand le vote constitutif de l'exception était un fait acquis et depuis plus de deux ans consommé, resteraient indéfiniment obligés ! Certes, le système de la loi ne comporte pas de telles inconséquences. La vérité est que ce cas, loin d'être imprévu, est tranché par le texte même et sans aucune équivoque. Qu'a voulu la loi ? Assurer la sincérité et la loyauté du vote de conversion des actions, en avisant à ce que la conversion ne pût pas être votée par les actionnaires dans l'unique pensée d'obtenir la libération qui en doit être la conséquence légale. Dans cette vue, elle suspend la libération ; elle met un intervalle de deux ans entre la cause et l'effet ; en d'autres termes, elle fait de ce délai de deux ans la condition même à l'accomplissement de laquelle elle subordonne le droit pour les actionnaires d'opposer la libération. Elle dit donc, par cela même et nécessairement, que dès que la condition s'est accomplie, la libération, suspendue jusque-là, est définitivement acquise, et que, quoi qu'il arrive, soit que les actionnaires conservent leurs actions, soit qu'ils les aliènent, l'obligation personnelle a désormais cessé d'en garantir le payement.

(1) Voy. M. Vavasseur (nº 120).

(2) Voy. MM. Beudant (*Rev. crit.*, t. XXXIII, p. 37); Alauzet (nº 455); Bédarride (nº 78); Lombard (*op. cit.*, p. 100).

Si donc, après le délai de deux ans, tout le monde est libéré, les cessionnaires aussi bien que les souscripteurs primitifs. Et il n'y a pas à distinguer, sous ce rapport, entre les cessionnaires intermédiaires et le dernier cessionnaire, porteur de l'action. On a dit que celui-ci ne peut pas avoir la prétention de refuser les versements qui lui seraient demandés et de continuer à rester dans la société en participant aux dividendes; qu'il doit, dès lors, abandonner son action à la société ou répondre aux appels de fonds jusqu'à concurrence du taux fixé par les statuts (1). Cela est vrai, mais dans une certaine mesure; et il faut s'entendre. L'extinction de l'obligation personnelle ne fait pas que l'action elle-même soit affranchie; car l'exception de l'art. 3 ne touche en aucune façon à l'action réelle (dont nous parlerons bientôt, *infrà*, n° 949), à la faveur de laquelle la société peut, à défaut de versement aux époques déterminées, atteindre le titre non libéré. Donc, si la société veut user de ce droit, il est certain que le porteur, directement atteint par l'exercice de cette action réelle, ne pourrait pas l'empêcher, et ne pourrait éviter d'être dépossédé qu'en répondant aux appels de fonds.

Mais cela est étranger à l'obligation personnelle, la seule à laquelle se rapportent les dispositions de l'art. 3. Cette obligation personnelle, qui fait que l'obligé est responsable et tenu sur tous ses biens, elle n'existe pas plus, après le délai de deux ans, pour le dernier cessionnaire que pour les cessionnaires intermédiaires : le délai expiré, ils sont tous, à cet égard, de même condition. Et dès lors, le porteur, libre de répondre aux appels de fonds, est libre également de n'y pas répondre; en sorte que si, s'arrêtant à ce dernier parti, il refuse d'acquitter le solde de la souscription, ni la société, ni les tiers, ne peuvent aller à l'encontre, dépouillés qu'ils sont désormais de l'action personnelle qui, si elle avait subsisté, leur aurait permis de poursuivre le débiteur et de le contraindre sur tous ses biens.

XII. — 942. Arrivons, enfin, à la dernière question, celle de savoir en quels cas le bénéfice de l'art. 3 peut être invoqué. Le paragraphe premier de cet article ne laisse aucun doute à cet égard : il faut que l'assemblée générale des actionnaires, délibérant en vertu d'une stipulation formelle insérée dans les statuts constitutifs de la société, ait décidé, après avoir constaté la réalisation du capital social jusqu'à concurrence de moitié, que les actions sociales, encore nominatives, pourront être mises au porteur. Le cas de l'exception ne se vérifie donc que par la réunion de trois conditions toutes également nécessaires, à savoir : une clause spéciale des statuts qui stipule la conversion possible des actions; le versement préalable de moitié de chaque action souscrite; et une délibération de l'assemblée générale qui autorise la conversion.

Il serait, dès lors, vainement stipulé, dans les statuts, que les souscripteurs seront libérés par le versement de moitié, ou qu'après ce

(1) Voy. MM. Alauzet (n° 456); Vavasseur (n° 122).

payement partiel, ils seront libres de se retirer de la société (1). A la vérité, la loi de 1867 n'a pas dit, comme celle de 1856, que les souscripteurs d'actions sont, *nonobstant toute stipulation contraire,* responsables du payement du montant total des actions sociales. Mais elle a dit au moins à quelles conditions et comment les actionnaires pourront, par exception à cette règle de la responsabilité entière et absolue qui est le droit commun, être dégagés de leur obligation après le versement de moitié. Elle a dit notamment qu'en aucun cas la libération par le versement de moitié ne pourrait dépendre de la seule volonté de l'actionnaire, ou être l'effet d'une simple convention intervenue à l'origine de la société, et que, même réservée dans les statuts, elle devrait être sanctionnée par un vote spécial de l'assemblée générale des actionnaires. L'exception n'est donc pas possible en dehors de ces conditions. Or elles font défaut quand le souscripteur qui prétendrait être libéré par le versement de moitié ne peut produire à l'appui de sa prétention qu'une simple stipulation des statuts (2).

943. De même pour les cessionnaires, la stipulation qui les affranchirait de la responsabilité serait inutile et vaine. M. Vavasseur est, sur ce point, d'un avis différent. La stipulation, dit-il, qui se bornerait à déclarer non responsables les divers cessionnaires intermédiaires serait parfaitement valable; je la recommande à l'attention des rédacteurs de statuts sociaux, pour n'en user, bien entendu, qu'avec circonspection et selon les circonstances (3). Nous pensons qu'il n'est pas de cas dans lequel il en pourrait être fait utilement usage. Le cessionnaire est, en principe, responsable et tenu comme le souscripteur et concurremment avec lui; il ne saurait, pas plus que le souscripteur, être affranchi de cette responsabilité par la convention (4). Tout ce qu'il peut demander, c'est le bénéfice de l'exception établie par l'art. 3, si, d'ailleurs, il est mis en mesure de l'invoquer par l'exact accomplissement des conditions auxquelles l'exception est subordonnée. A défaut de ces conditions ou seulement de l'une d'elles, les actionnaires, souscripteurs ou cessionnaires, ne sont plus dans les termes de l'exception organisée par l'art. 3. Et cela nous conduit à l'examen des cas dans lesquels la responsabilité des uns et des autres existe dans les termes du droit commun.

XIII. — 944. Le texte de l'art. 3 permet d'en signaler deux.

Le premier a lieu lorsque la faculté de convertir en titres au porteur les actions libérées de moitié n'a pas été prévue et stipulée dans les statuts constitutifs de la société. Ainsi en sera-t-il généralement pour les sociétés à court terme, pour celles qui sont formées entre personnes se connaissant, et dont le capital, à raison de la nature ou des nécessités des opérations sociales, doit être versé en totalité et dans un assez bref

(1) Voy. cependant MM. Beslay et Lauras (nos 324 et suiv.). *Comp.* Troplong (no 179). — Mais voy. M. Bédarride (nos 39 et suiv.).
(2) Voy. MM. Vavasseur (no 113); Rivière (no 36).
(3) M. Vavasseur (no 126).
(4) Voy. M. Alauzet (no 454).

délai. On comprend que si les statuts des sociétés de cette espèce contenaient des stipulations spéciales touchant la forme des actions, ce serait plutôt en vue de maintenir la forme nominative que pour autoriser la conversion. Quoi qu'il en soit, dès que, pour cette cause ou pour toute autre, les statuts sont muets à cet égard, la conversion n'est pas possible avant l'entière libération des actions, et, par suite, l'exception édictée par l'art. 3 n'a pas sa raison d'être. C'est l'opinion générale (1).

Toutefois, M. Rivière est d'un avis contraire. Il admet bien que, dans le cas donné, les actions restent nécessairement nominatives dans les mains des souscripteurs ou des cessionnaires; mais il suppose en même temps que le souscripteur qui a cédé ses actions n'en doit pas moins *être libéré à l'expiration du délai de deux ans*, l'intention du législateur ayant été de ne pas le laisser indéfiniment exposé à des recherches et à des poursuites (2). C'est, à notre avis, se méprendre absolument sur la portée véritable de l'art. 3 et méconnaître le caractère de ses dispositions.

Le principe de la responsabilité indéfinie, tel qu'il avait été reconnu par les lois de 1856 et de 1863, n'a été en aucune façon abrogé par cet article, dont, encore une fois, l'objet unique a été d'apporter à ce principe l'exception spéciale qu'il détermine et organise. Dès lors, comme toute exception, celle-ci est de droit étroit et doit être rigoureusement renfermée dans ses termes. Or l'effet légal, immédiat ou éventuel, de la libération des actionnaires dans lequel elle se résume, et qui se rattache au fait de la conversion ou au droit de convertir les actions, est subordonné à la condition précise que cette conversion aura été prévue et stipulée dans les statuts constitutifs de la société. Donc, cet effet légal ne saurait se produire, lorsque les statuts ne contiennent pas la stipulation, et que, par suite, la conversion ne peut pas avoir lieu. C'est d'ailleurs nécessaire; car où serait, en ce cas, le point de départ du délai de deux ans qui, dans le cas spécialement réglé par l'art. 3, court à partir du vote de conversion? M. Rivière, qui a bien prévu l'objection, croit y échapper par un expédient. « Rien ne s'oppose, dit-il, à ce que l'assemblée générale se réunisse et décide *que, vu le silence des statuts, les actions doivent demeurer nominatives*, et les deux ans commenceront à courir depuis cette délibération. » Seulement, l'auteur n'a pas pris garde que, dans le silence des statuts, les actions restent nominatives de plein droit et par la seule autorité de la loi; l'assemblée n'a donc pas *à le décider;* il ne lui appartient pas plus de prononcer le maintien de la forme nominative, à raison du silence des statuts, qu'il ne pourrait lui appartenir de décider la conversion, nonobstant ce silence. La vérité est que l'assemblée générale n'a pas même, en ce cas, le droit de se réunir à l'effet de délibérer sur la forme des actions, parce

(1) Voy. MM. Alauzet (nº 454); Vavasseur (nº 116); Mathieu et Bourguignat (nº 30); Bédarride (nº 79); Beudant (*loc. cit.*, p. 29); Paul Lombard (*Thèse pour le doct.*, p. 101); Sourdat (*id.*, p. 126).
(2) M. Rivière (*Loi de 1867*, nº 35).

que, d'après l'art. 3, dont la disposition est absolument limitative (*supra*, n° 920), c'est par une stipulation expresse, contenue dans les statuts constitutifs de la société, et non autrement, que les parts peuvent être investies de ce droit.

945. Le second cas dans lequel le bénéfice de l'exception ne saurait être acquis aux souscripteurs et cessionnaires se produit quand, la transformation des actions nominatives en actions au porteur ayant été prévue et stipulée dans les statuts constitutifs de la société, l'assemblée générale des actionnaires se refuse à l'autoriser. Ce peut être le cas pour les sociétés qui, fondées pour une longue durée, opèrent sans capital pour ainsi dire, ou avec un capital qu'à moins d'événements extraordinaires, elles ne réaliseront que dans de faibles proportions. Il est utile, sans doute, que les sociétés de cette espèce, si elles le jugent convenable à leurs intérêts, à la circulation plus facile de leurs titres, aient le droit de les convertir en actions au porteur après le versement de la première moitié (*supra*, n° 931); et, très évidemment, les rédacteurs des statuts ne manqueront pas d'y introduire toutes stipulations propres à réserver ce droit. Mais il peut arriver que l'assemblée générale, appelée à en délibérer, estime que, vu l'état actuel ou même futur de la société, il n'y a pas lieu de donner suite à la réserve : les actions alors, resteront nominatives, leur conversion ne pouvant pas légalement être opérée, en sorte que, comme dans le cas précédent, l'exception édictée par l'art. 3 sera hors de cause (1).

La conséquence est niée encore, on le comprend bien, par M. Rivière, et cette fois avec plus d'apparence de raison, puisque en ce cas il y a au moins une délibération de l'assemblée générale, un vote dont la date pourrait servir de point de départ au délai de deux ans. Mais qu'importe? Le bénéfice de l'exception n'est-il pas expressément subordonné par la loi à cette seconde condition d'un *vote de conversion* par l'assemblée générale des actionnaires? Comment donc pourrait-il être acquis quand le vote est contraire à la conversion? Il est vrai que le rapporteur de la commission au Corps législatif a paru donner quelque appui à cette solution lorsqu'il a dit « qu'en aucun cas, quelle que soit la délibération de l'assemblée générale, *qu'elle transforme les actions nominatives en actions au porteur, ou que ces actions demeurent nominatives*, les souscripteurs et les cessionnaires demeureront responsables, à partir de la délibération elle-même, pendant une durée de deux années encore. » (2) Toutefois cette affirmation, produite d'ailleurs au point de vue de la garantie complémentaire résultant du maintien de la responsabilité pendant un certain temps après le vote de conversion, irait manifestement, appliquée au point qui nous occupe, au delà de la pensée du rapporteur, qui, lui-même, a nettement précisé, à diverses reprises, la portée de la loi sur ce point spécialement. Rappelons notamment ces expressions si décisives : « Il n'est pas possible de croire que

(1) Voy. les autorités citées sous le numéro qui précède.
(2) Voy. *supra*, n° 932. *Comp.* MM. Beslay et Lauras (n° 381, *in fine*); Bédarride (n° 74).

l'assemblée générale des actionnaires, par une sorte de suicide, [illegible] la société n'est pas [illegible] besoin dans un avenir prochain de faire appel aux ressources des souscripteurs, à leur garantie personnelle, *les libère* [illegible] *transformation des actions* [illegible] au porteur. » Voilà, dans son expression exacte, la pensée du législateur sur le point en question. C'est le vote *affirmatif* qui est la condition [illegible] [illegible] l'exception [illegible] produire. Cela seul, d'ailleurs, est juste et raisonnable ; on ne comprendrait pas que, l'assemblée générale fût appelée à délibérer, quel que fût le vote, la conséquence devait être la même [illegible]

216. Ainsi, l'exception de l'art. 3 n'a pas de raison d'être dans ces divers cas. Les actions conservant nécessairement la forme d'action nominative jusqu'à leur entière libération, il s'ensuit également que l'obligation des actionnaires reste dans les termes et sous l'empire du droit commun [illegible]

Par suite, le souscripteur primitif est tenu personnellement, et sur tous ses biens, du payement intégral des actions par lui souscrites, parce que, de droit commun, celui qui a pris un engagement en doit l'exécution pleine et entière (1). Et il ne s'affranchirait pas de cette obligation par la cession qu'il ferait de ses actions. On ne peut pas dire, avec un arrêt de la Cour de Paris et avec divers auteurs, que le souscripteur, en cédant ses actions, devient étranger à la société qui, par le fait seul de la division du capital social en actions transférables, aurait consenti par avance à la cession ; que le cessionnaire prend la place du souscripteur activement et passivement (C. civ., art. 1861) ; [illegible] qu'il y a substitution d'un nouvel associé à l'ancien, par substitution de personne (2). La vérité, proclamée par un arrêt contraire de la Cour de Lyon, dont la solution a prévalu, est que la novation ne se présume pas. Elle ne peut résulter que d'une convention précise, et on ne pourrait l'induire de la division du fonds social en actions, cette division n'impliquant en aucune façon la pensée, de la part de la société, de dégager le souscripteur d'une partie quelconque de son obligation et de renoncer à ses droits contre lui (3).

De même, le tiers, le cessionnaire auquel des actions non entièrement libérées auraient été négociées, est tenu personnellement aussi comme le souscripteur, et concurremment avec lui, au payement du solde de la souscription, parce que la négociation est une cession véri-

(1) Bien entendu, nous supposons un souscripteur directement obligé. La règle ne serait donc pas applicable à celui qui, après la constitution de la société, se serait obligé [illegible] à prendre un certain nombre d'actions déjà souscrites par un tiers. Cass., 19 août 1863 (S.-V., 63, 1, 461 ; Dall., 63, 1, 358 ; *J. Pal.*, 1864, p. 308).

(2) Paris, 22 mai 1852 (S.-V., 52, 2, 377 ; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 343 ; Dall., 55, 2, 205). *Junge* : MM. Pardessus (n° 1143 *bis*) ; Vincens (t. I, p. 429) ; Malepeyre et Jourdain (p. 201) ; Bravard (*Expl.* [illegible]).

(3) Voy. Lyon, 6 août 1856 (Dall., 56, 2, 238). *Junge* : MM. Troplong (n° 176 et suiv.) ; Delangle (t. II, n° 450) ; Molinier (n° 417).

table, et que le cessionnaire qui prend tous les avantages attachés au droit par lui acquis en doit par cela seul et en même temps prendre les charges.

Tous donc, ils peuvent être recherchés et poursuivis en payement de ce qui reste encore dû sur le montant des actions. Et la recherche contre chacun d'eux est facilitée par cette circonstance que l'action, dans notre hypothèse, n'a pas cessé d'être nominative, et qu'ainsi, sauf le cas de transmission par endossement (*suprà*, nos 911 et 912), elle donne, par sa forme même, la possibilité de connaître non-seulement celui qui l'a souscrite, mais encore ceux qui, depuis le souscripteur jusqu'au porteur dernier cessionnaire, l'ont successivement possédée.

947. Ils peuvent être recherchés nonobstant toute convention contraire. Car, en dehors de l'exception édictée par l'art. 3, dont nous venons de nous occuper, les responsabilités subsistent à la charge des actionnaires telles qu'elles étaient reconnues sous la loi précédente. Ainsi, la souscription d'actions constitue un engagement ferme et non conditionnel, une obligation dont ni les souscripteurs ni les cessionnaires ne peuvent être relevés par des conventions particulières faites entre eux et les gérants ou les administrateurs de la société (*suprà*, nos 881 et suiv.).

On déciderait donc, encore aujourd'hui comme sous l'empire de la loi de 1856 : que la circulaire du gérant d'une société qui autorise les actionnaires à renoncer à leur qualité, faute de payement de leurs actions dans un certain délai, n'en laisse pas moins subsister l'obligation personnelle, pour les actionnaires renonçant, de payer le montant des actions (1); — que la clause des statuts portant qu'à défaut de versement de chacun des termes de la souscription les actions seront vendues à la diligence du gérant, aux frais, risques et périls de l'actionnaire, ne peut être considérée comme autorisant les actionnaires à décliner l'engagement résultant de la souscription, moyennant l'abandon soit de leurs actions, soit des fonds déjà versés (2); — qu'un gérant n'a pas le droit de faire, avec les actionnaires souscripteurs d'actions, des conventions particulières à l'effet de leur restituer la mise déjà versée par eux en vertu de leur souscription ou de les exonérer de la mise restant à faire (3); — que la clause qui, en permettant la diminution de l'actif social, autorise la transformation de l'apport de l'un des souscripteurs en une créance hypothécaire est nulle, et cela même quand elle aurait reçu toute la publicité prescrite par la loi (4); — que la cession faite par un actionnaire à un tiers, même au gérant, des actions par lui souscrites et dont il n'a encore versé qu'une partie, n'a pas pour conséquence, bien que ce tiers ait été accepté comme nouveau débiteur, de libérer le cédant de ses obligations envers la société, sur-

(1) Req., 13 août 1856 (Dall., 56, 1, 343; S.-V., 56, 1, 770; *J. Pal.*, 1857, p. 55).
(2) Lyon, 9 avr. 1856 (Dall., 56, 2, 199).
(3) Cass., 6 nov. 1865 (*J. Pal.*, 1866, p. 275; Dall., 65, 1, 479; S.-V., 66, 1, 109).
(4) Rej., 22 nov. 1869 (Dall., 70, 1, 23; *J. Pal.*, 1870, p. 123; S.-V., 70, 1, 55).

tout si, en acceptant le nouveau titulaire, la société a entendu conserver son recours contre le souscripteur (1). Chacune de ces solutions, auxquelles beaucoup d'autres solutions analogues pourraient être ajoutées, est une conséquence naturelle et nécessaire du principe de la responsabilité absolue et indéfinie qui domine et régit la situation dans l'hypothèse où nous sommes maintenant placé.

948. La responsabilité ainsi étendue des actionnaires n'est pas seulement la garantie des tiers qui traiteront avec la société; elle est celle de la société elle-même ou des associés, qui, à ce point de vue du payement du montant des actions souscrites, sont assurément de véritables créanciers. Il ne nous aurait pas paru nécessaire d'en faire la remarque si le droit de la société n'avait pas été mis en question devant la Cour suprême dans une espèce où, par application de l'art. 3 de la loi de 1856, la Cour de Paris avait jugé que le souscripteur d'actions n'est pas dégagé de l'obligation d'en payer le montant, à raison de ce que le gérant, auquel il les avait vendues, avait été accepté comme nouveau débiteur par la société (2). La décision était dénoncée comme ayant faussement appliqué l'article précité, *en ce qu'elle étendait aux conventions intervenues entre les parties une prohibition qui n'avait été édictée que dans l'intérêt des tiers*. Mais le pourvoi a été rejeté (3). Et, bien que la Cour de cassation n'ait pas consacré par des motifs explicites le droit *de la société*, mal à propos contesté, il est clair que par lui-même le rejet *du* pourvoi implique la reconnaissance de ce droit. Et, au surplus, comment pourrait-il être méconnu? Sans doute, le principe qui déclare le souscripteur responsable nonobstant toute stipulation contraire protége les tiers, les créanciers sociaux qui ont droit à tout le capital social tel qu'il a été annoncé ou promis, et nous verrons au titre suivant, en traitant du fonctionnement des diverses sociétés, les droits que les créanciers sociaux puisent dans ce principe. Mais ce n'est pas à dire que le législateur, en l'établissant, n'ait pas eu en vue aussi l'intérêt de la société elle-même. Tout au contraire, on l'a vu dans les discussions de la loi à toutes les époques, cet intérêt a été, non moins que celui des tiers, l'objet de ses préoccupations. Et s'il a posé ce principe de la responsabilité absolue, d'une responsabilité dont les actionnaires ne peuvent, par des conventions particulières, ni se départir, ni être relevés, c'est avec la pensée que cette responsabilité existerait vis-à-vis de la société elle-même, comme moyen de la protéger et de la défendre contre ces cessions précipitées et frauduleuses par l'effet desquelles il se pourrait que, ne trouvant plus devant elle que des cessionnaires fictifs et insolvables, elle fût inopinément privée de ses ressources et arrêtée dans ses opérations (4).

949. L'obligation des souscripteurs et des cessionnaires, débiteurs du

---

(1) Req., 20 févr. 1872 (S.-V., 72, 1, 38; *J. Pal.*, 1872, p. 60; Dall., 72, 1, 238).
(2) Paris, 15 juill. 1871 (Dall., 71, 2, 142).
(3) Voy. l'arrêt de la chambre des requêtes du 20 févr. 1872, cité au numéro précédent.
(4) *Comp.* Paris, 5 août 1869 (*J. Pal.*, 1870, p. 202; S.-V., 70, 2, 33); Req., 6 juill. 1870 (S.-V., 71, 1, 80; *J. Pal.*, 1871, p. 211; Dall., 71, 1, 13).

montant des actions souscrites, implique naturellement le droit, pour la société créancière, de poursuivre le payement des sommes dont le versement reste à effectuer. La société a donc une action personnelle qu'elle peut exercer, dans les termes du droit commun, contre ses débiteurs en retard. Mais elle a de plus la faculté d'atteindre directement le titre lui-même par une sorte d'action réelle dont les statuts sociaux prennent généralement le soin de réglementer l'exercice. Il est d'usage, en effet, d'y insérer des clauses spéciales dont la formule varie, mais qui, en définitive, se résument dans cette idée, qu'à défaut de versement aux époques déterminées, le numéro de l'action en retard pourra, après certaines publications et un certain délai (en général dix ou quinze jours), être vendu à la Bourse par le ministère d'un agent de change, aux frais, risques et périls de l'actionnaire retardataire, pour le produit de la vente être affecté, jusqu'à due concurrence, à l'acquittement des versements arriérés. Bien entendu, ces stipulations n'obligent pas la société à suivre cette dernière voie. Il y a là une mesure de coaction, une garantie de plus, que les statuts organisent contre les actionnaires en retard (1); on n'y saurait voir une renonciation à l'action personnelle qui subsiste toujours, et que la société est libre, par conséquent, d'exercer contre les souscripteurs et les divers cessionnaires de l'action non libérée. Ainsi, elle a à sa disposition deux actions distinctes entre lesquelles elle peut choisir.

960. L'action réelle sera suivie de préférence, sans aucun doute, si la société est dans un état prospère. La vente des titres étant rendue facile alors par la situation même des choses, et le produit ne pouvant pas manquer d'être l'équivalent au moins de ce qui resterait dû par des titres en partie libérés, la société serait à peu près sûre d'atteindre son but par cette voie; et elle y gagnerait d'éviter les lenteurs et les difficultés inhérentes soit à l'exercice de l'action personnelle, soit à l'exécution des jugements qu'elle aurait obtenus contre ses débiteurs. Dans ce cas, en effet, la société n'aurait pas d'autre marche à suivre, d'autres formalités à remplir, que celles qui seraient précisées dans la clause spéciale des statuts. S'il y est dit, par exemple, qu'après avis inséré dans tels journaux les actions en retard seront vendues à l'expiration du délai de dix jours sans qu'il soit besoin d'aucune signification ou sommation, la société pourra faire procéder à la vente dès le onzième jour à partir de l'insertion de l'avis dans les journaux indiqués, et, soit qu'elle use de cette faculté au jour même où expire le délai, soit qu'elle n'en use que plus tard, elle ne sera tenue à aucune autre mise en demeure que celle qui résulte de la publication de cet avis (2).

~~M. Vavasseur estime cependant qu'il serait souverainement irrégulier~~ de faire vendre l'action sans appeler qui que ce fût, même avec des publications judiciaires; mais, ajoute l'auteur, que la vente ait lieu contradictoirement avec le souscripteur primitif, et la loi sera satisfaite (3).

(1) Voy. l'arrêt précité de la Cour de Lyon du 9 avril 1850.

(2) Voy. Paris, 19 févr. 1850 (Dall., 50, 2, 107; S.-V., 50, 2, 172).

(3) M. Vavasseur (Sur la loi de 1867), n° 113.

Toutefois, c'est là une exigence que rien ne justifie. Elle se comprendrait si la situation de la société, vis-à-vis d'un actionnaire en retard, pouvait être assimilée à celle du créancier nanti d'un gage civil ou commercial vis-à-vis du débiteur ou du tiers bailleur de gage. Le créancier gagiste est détenteur du gage en vertu d'une convention accessoire intervenue pour sûreté de la dette résultant d'une autre convention principale et distincte. Que, dans cette situation, il ne puisse pas s'approprier le gage ou en disposer sans appeler la partie, cela se conçoit : c'est la nécessité même des choses, si bien que la loi elle-même y a pourvu, et que, proscrivant le pacte commissoire dans l'intérêt du débiteur, elle a déclaré nulle toute clause qui contiendrait l'abandon éventuel et sans formalité du gage pour le cas où la dette ne serait pas payée (C. civ., art. 2078; C. comm., art. 93) (1). Mais tout autre est la situation de la société créancière du montant des actions souscrites. Il s'agit pour elle, non point de s'approprier un gage et d'en disposer à son profit, mais uniquement d'appliquer une clause de déchéance qui, inscrite dans les statuts, avertit les associés que, faute par eux de satisfaire à leur obligation, ils seront expropriés de leurs titres et déchus de leur droit. Or, à moins de contester la légitimité d'une telle clause, à moins de dire qu'elle tombe sous la prohibition dont le pacte commissoire est l'objet, ce qui ne saurait jamais venir à la pensée de personne, il faut bien reconnaître qu'elle est, par elle-même, une mise en demeure suffisante, que les associés dûment avertis n'ont pas à attendre d'autre interpellation ou sommation que celle qui leur est incessamment faite par les statuts, et que la vente des titres en retard, pourvu qu'elle soit accompagnée des formalités de publicité spécialement prévues, est parfaitement régulière et absolument inattaquable (2).

951. Au contraire, si la société n'est pas dans un état prospère, et si elle peut craindre, par conséquent, de ne pas trouver acheteur pour ses titres ou d'être obligée de les vendre à un prix tel qu'il ne pourrait pas lui procurer le solde restant dû, c'est l'action personnelle qu'elle exercera de préférence. Elle devra procéder alors dans les termes du droit commun, soit contre les souscripteurs, soit contre les cessionnaires successifs, jusqu'au détenteur inclusivement, puisqu'ils sont tous concurremment tenus du montant intégral des actions. Et quand elle aura obtenu jugement de condamnation, elle agira contre la partie condamnée, quelle qu'elle soit, souscripteur ou cessionnaire, par les voies de droit, par la saisie, soit mobilière, soit immobilière, puisque, tenus tous personnellement, ils répondent de la dette sur tous leurs biens

(1) Voy. là-dessus notre Traité-Commentaire des *Petits Contrats* (t. II, nos 1145, 1152 et suiv.).

(2) *Comp.* les deux arrêts de cassation du 10 mai 1859 (S.-V., 59, 1, 924; Dall., 59, 1, 366; *J. Pal.*, 1859, p. 673). — Un autre arrêt, encore inédit, décide, par cassation d'un arrêt contraire de la Cour de Paris, que lorsque les titres ont été vendus dans les formes et suivant les conditions prescrites par les statuts, l'actionnaire n'est pas fondé à demander la nullité de la vente sous prétexte qu'il n'aurait pas été mis à même d'examiner les comptes du gérant. Cass., 24 août 1875.

Ajoutons, d'ailleurs, que cette action personnelle subsisterait à l'encontre des débiteurs, même dans le cas où la société aurait cru devoir opter d'abord pour l'action réelle. En effet, si la vente à laquelle il aurait été procédé en exécution d'une clause des statuts avait produit une somme insuffisante pour couvrir la société de ce dont elle restait créancière, il est certain que les actionnaires pourraient être poursuivis personnellement pour le payement de la différence ou du complément. Ceux-ci opposeraient vainement, à titre de fin de non-recevoir, le fait par la société d'avoir opté pour l'action réelle. Cette dernière action est toute facultative pour la société, qui, dès lors, peut l'exercer tout d'abord, sans que cela implique en aucune façon renonciation à l'action personnelle : la maxime *Electâ unâ viâ non datur regressus ad alteram* est ici sans application.

952. Il suit de ce qui précède que le payement du solde de l'action peut incomber au souscripteur ou au cessionnaire, même après qu'il a cessé d'être propriétaire. Et alors se présente la question de savoir s'il convient de laisser sans aucun recours celui qui aurait été contraint ainsi de libérer une action quand il l'avait cédée. La loi belge du 11 mai 1873 a statué sur ce point par des dispositions très-précises. En même temps qu'à l'exemple de notre ancienne loi de 1856, aujourd'hui abrogée, elle déclare le souscripteur responsable, nonobstant toute stipulation contraire, sans que la cession de ses actions puisse l'affranchir de contribuer aux dettes antérieures à la publication (1), elle consacre expressément un droit de recours en faveur de l'ancien propriétaire. Et ce recours qu'elle accorde n'est pas seulement direct et personnel de l'ancien propriétaire à son cessionnaire immédiat ; c'est un *recours solidaire* contre tous les cessionnaires ultérieurs (2). Bien entendu, en l'absence d'une disposition semblable dans les lois qui régissent en France nos sociétés par actions, le recours de l'ancien propriétaire ne saurait être exercé dans ces conditions et avec cette étendue. Mais au moins est-il juste de reconnaître, si d'ailleurs les conventions particulières intervenues entre les cessionnaires n'y font pas obstacle, que quiconque a été contraint de libérer des actions dont il avait cessé d'être propriétaire doit pouvoir se retourner contre celui à qui il a fait la cession et demander son remboursement. Ce serait même là, comme le dit M. Bédarride, une garantie contre l'abus et les dangers des cessions faites à des insolvables, en ce que chaque cessionnaire, par cela même qu'il serait exposé au recours de son cédant, aviserait à ne traiter jamais qu'avec une personne solvable contre laquelle il pourrait, à son tour, exercer utilement le même recours (3).

---

(1) *Suprà*, n° 899, à la note.

(2) Telle est la disposition de l'art. 42, dont le second paragraphe porte « que l'ancien propriétaire a un recours solidaire contre celui à qui il a cédé son titre et contre les cessionnaires ultérieurs. »

(3) Voy. M. Bédarride (n° 81). Voy. aussi MM. Alauzet (n° 454); Mathieu et Bourguignat (n° 35); Beudant (*loc. cit.*, p. 30).

§ IV. — VÉRIFICATION DES APPORTS EN NATURE ET DES AVANTAGES PARTICULIERS.

SOMMAIRE.

I. 953. Abus et scandales auxquels ont donné lieu les apports en nature et la stipulation d'avantages particuliers au profit d'associés. — 954. Moyens divers proposés en 1838, lors des premiers projets de réglementation, pour prévenir ces abus. — 955. Système auquel s'arrêta, à cette époque, la commission chargée d'examiner le projet du gouvernement : les associés étaient mis en mesure de ne s'engager qu'après s'être entendus et avoir discuté ensemble les bases de l'affaire commune. — 956. C'est, au fond, le système que consacre, en Belgique, la loi récente du 18 mai 1873. — 957. Au lieu de cela, le projet repris, chez nous, en 1856, donnait à tout intéressé, trompé par l'exagération de la valeur de l'apport, une action en réparation du dommage en tant que l'exagération avait été de plus de moitié. — 958. La loi qui sortit de la discussion substitua à ce système celui de la vérification et de l'approbation, par l'assemblée générale, des apports en nature et des avantages particuliers. — 959. Critiques dont ce système est susceptible. — 960. Il a été reproduit, néanmoins, par la loi du 23 mai 1863 pour les sociétés à responsabilité limitée, et, avec quelques détails en plus, par l'art. 4 de celle du 24 juillet 1867. Texte de cet article. — 961. Transition et division.

II. 962. *Des apports*. En ceci, la pensée du législateur se précise par les termes mêmes de la loi ; il s'agit de l'apport *qui ne consiste pas en numéraire*. Ainsi, tout apport consistant en autre chose que de l'argent est sujet à vérification et approbation. — 963. Toutefois, il faut considérer comme fait en argent l'apport payé en valeurs équivalentes, même en effets commerçables. — 964. La vérification préalable n'est donc applicable qu'aux apports en nature, par exemple des immeubles, une usine, une mine, un brevet, une invention, etc. — 965. Application de la règle au cas où le capital de la société est constitué avec l'actif d'une société ancienne. — 966. En toute hypothèse, les apports sujets à vérification sont ceux qui précèdent la constitution de la société, sauf néanmoins le cas de fraude en ce qui concerne ceux qui seraient faits ultérieurement. — 967. Intérêt du souscripteur qui fait l'apport à veiller à ce que la prescription de la loi soit observée.

III. 968. *Exceptions*. Elles ont trait au cas où la société à laquelle est fait un apport en nature est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis. — 969. Inconvénients et dangers de l'exception. — 970. Indication des cas auxquels elle s'applique. — 971. Conditions : il faut que l'apport en nature constitue le fonds social ; — 972. Et qu'il soit effectué par ceux qui en étaient propriétaires par indivis. *Quid* si les apports en nature étaient possédés divisément ? — 973. L'exception peut-elle être étendue au cas où le capital, entièrement souscrit par l'acte de société, serait immédiatement versé ?

IV. 974. *Avantages particuliers*. Ils s'entendent de tout ce qui romprait, au profit de tel ou tel associé, l'égalité qui, en principe, doit exister entre tous. — 975. Exemples : prélèvements, participation dans les bénéfices, droits de présence attribués aux membres du conseil de surveillance. — 976. *Quid* en ce qui concerne le traitement ou les appointements accordés au gérant ? — 977. De la stipulation par laquelle un concessionnaire, en abandonnant sa concession à la société, se déchargerait sur elle de l'obligation de pourvoir aux avances pour études, recherches et autres frais, sans aucun autre avantage pour lui. — 978. *Quid* des avantages stipulés en faveur d'une classe d'actionnaires ? — 979. Et de ceux qui seraient stipulés au profit de tous indistinctement ? — 980. Ou des arrangements qui interviendraient au cours de la société ? — 981. Comment et par qui doit être décidé le point de savoir si une stipulation constitue ou non un avantage particulier sujet à vérification et approbation.

V. 982. C'est à *tous* les souscripteurs réunis en assemblée générale que la loi remet le soin de statuer sur la vérification et l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers. — 983. Dès lors la clause des statuts par laquelle seraient exclus des assemblées générales les associés qui n'auraient qu'un certain nombre d'actions ne serait ici d'aucune considération : tous les associés doivent être convoqués. — 984. Comment et en quelle forme ? — 985. Dans quel délai ?

VI. 986. Deux assemblées sont nécessaires. Elles sont successives et ne pourraient, sous la loi actuelle, avoir lieu le même jour. — 987. Chacune d'elles doit se réunir sur convocation spéciale ; le fait de les réunir par une convocation unique constituerait une irrégularité.

VII. 988. Chacune des assemblées a sa mission propre. La première est purement préparatoire. — 989. Il ne lui appartient pas de procéder elle-même à la vérification des apports, et encore moins de les approuver ou de les rejeter sous prétexte qu'elle serait suffisamment renseignée. — 990. Elle doit seulement préparer les mesures de vérification ; et à cet égard elle a toute liberté d'action, la loi ne lui ayant imposé aucun mode. — 991. Elle peut prendre, si elle le juge à propos, la voie de l'expertise, et comme cette expertise n'est pas obligatoire, les experts ne seraient pas tenus de prêter serment. — 992. La seconde assemblée a pour mission de statuer sur la valeur des apports et sur la cause des avantages particuliers. — 993. Mais elle ne peut le faire qu'après un rapport, lequel doit contenir et la vérification et l'appréciation des apports et des avantages particuliers. — 994. Par qui le rapporteur doit-il être nommé? — 995. Son rapport est imprimé et doit être communiqué aux actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de l'assemblée. — 996. Modes divers de communication. — 997. L'assemblée, d'ailleurs, n'est aucunement liée par les conclusions du rapport : elle peut substituer son appréciation à celle du rapporteur. — 998. Mais la délibération doit être signée ; elle serait nulle et même inexistante si elle n'était revêtue d'aucune signature.

VIII. 999. La loi fixe les conditions auxquelles elle subordonne la validité des délibérations ; il faut qu'elles soient prises à la majorité des actionnaires présents, que cette majorité comprenne le quart des actionnaires, et qu'elle représente le quart du capital social en numéraire. — 1000. Ces conditions sont-elles requises pour la première assemblée aussi bien que pour la seconde? — 1001. *Quid* si les assemblées générales ne réunissaient pas un nombre suffisant d'actionnaires pour la validité de leur délibération? Ce cas est prévu et réglé par la loi, *pour les sociétés anonymes seulement* (art. 30). Conséquences résultant de ce fait en ce qui concerne les sociétés en commandite par actions. — 1002. Transition aux détails relatifs à chacune des conditions exigées par la loi.

IX. 1003. 1° La délibération doit être prise par l'assemblée à la majorité des actionnaires présents ; il faut ajouter *ou représentés*, car la loi ne prohibe pas le vote par mandataire. — 1004. Telle est la règle ; toutefois, rien ne s'opposerait à ce qu'il fût convenu que la délibération devrait être prise à une plus forte majorité. — 1005. Mais il ne pourrait pas être stipulé que le vote des actionnaires serait proportionné au nombre de ses actions : chaque actionnaire a une voix et n'en a qu'une, quel que soit le nombre de ses actions. — 1006. Au moins en est-il ainsi pour les sociétés en commandite ; *secus* quant aux sociétés anonymes (art. 27). — 1007. Les associés qui ont fait l'apport en nature ou stipulé des avantages particuliers n'ont pas voix délibérative. — 1008. Même dans le cas où ils ont souscrit des actions en numéraire. — 1009. *Quid* en ce qui concerne la délibération qui aurait pour objet les apports en nature faits par d'autres associés? — 1010. 2° La majorité doit comprendre le quart des actionnaires. — 1011. Ceux dont l'apport est en nature comptent-ils dans ce quart? — 1012. 3° La majorité doit représenter le quart du capital social en numéraire. — 1013. Mais la valeur de l'apport en nature n'est pas comprise dans le quart de ce capital.

X. 1014. Effets de la délibération. La loi prévoit explicitement deux hypothèses. — 1015. 1° Celle où les évaluations annoncées sont admises : dans ce cas, la société est constituée ; la valeur des apports et la cause des avantages ne peuvent plus être mises en question. — 1016. Sauf néanmoins le cas de fraude : la loi réserve expressément, en effet, l'action pour cause de dol ou de fraude. — 1017. Elle n'exclut pas l'action pour erreur de calcul. — 1018. *Quid* de l'action pour lésion? — 1019. 2° La seconde hypothèse prévue est celle où l'assemblée n'approuve pas : en ce cas, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties. — 1020. A qui incombent alors les frais? — 1021. *Quid* de l'intérêt des sommes à rembourser aux souscripteurs? — 1022. Il reste une troisième hypothèse que le texte ne prévoit pas expressément : celle où les évaluations paraissant exagérées, l'assemblée voudrait les réduire. — 1023. L'assemblée le peut-elle faire, et si la réduction était acceptée par l'associé qui a fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers, la décision de l'assemblée est-elle susceptible de lier la minorité? La discussion de la loi a été formelle dans le sens de l'affirmative. — 1024. Mais l'assemblée, qui ainsi pourrait réduire la valeur des apports, n'a pas la faculté de dispenser ceux qui les doivent d'en faire la remise.

I. — 953. Nous avons vu jusqu'ici la réglementation s'attachant à la division du capital des sociétés par actions dans le dessein d'en [illegible]

autant que possible l'exacte réalisation. Et l'on peut dire que les mesures auxquelles le législateur s'est arrêté répondraient à peu près à toutes les exigences, si le fonds social ne devait se composer que de valeurs en numéraire. Mais, dans la plupart des sociétés, sinon dans toutes, des apports en nature, en industrie, en travaux, concourent, avec les apports en argent, à la formation du capital social, et souvent ils en constituent la partie essentielle, par exemple dans le cas où leur exploitation est l'objet même en vue duquel l'association s'est formée. Or, on sait de quels abus, de quelles fraudes, et aussi de quels désastres, ce genre d'apports ou les stipulations auxquelles ils donnent lieu au profit de ceux qui les promettent, avaient été la source, sous l'empire de la loi qui laissait aux fondateurs ou aux gérants une liberté pleine et entière pour la constitution des commandites par actions. La valeur de l'apport était scandaleusement exagérée dans les statuts soumis à l'adhésion des futurs actionnaires par le promoteur de l'affaire qui les préparait seul et les rédigeait à sa guise; des avantages sans proportion aucune avec les services à rendre à la société en formation y étaient audacieusement stipulés; et il arrivait que, dès avant de naître, la société se trouvait débitrice à raison de valeurs ou de services qu'en réalité elle ne devait jamais recevoir, et fatalement arrêtée, à son début même, par la nécessité d'employer au payement d'apports fictifs ou de services imaginaires les fonds versés par les actionnaires sérieux. La réglementation fût donc restée inefficace et incomplète si, pour prévenir de tels abus, elle n'eût avisé au moyen de protéger les sociétés en formation et de les défendre non-seulement contre les erreurs ou les illusions du propriétaire trop souvent porté à s'exagérer la valeur de sa chose, mais encore et surtout contre les fraudes ou les cupidités excessives de spéculateurs malhonnêtes qui, sur ce point fondamental des apports en nature et des avantages particuliers, trompaient sciemment la société et les actionnaires par de mensongères évaluations.

96. Aussi, dès qu'on a songé à réglementer la constitution des sociétés de capitaux, la préoccupation première du législateur a-t-elle été de satisfaire à cette nécessité. Mais le mal constaté et les faits accomplis n'en avaient que trop manifesté l'existence; il fallait trouver un moyen utile de lui porter remède. Là était la difficulté. En 1838, lors des premiers projets de réglementation, bien des systèmes avaient été proposés qui, tous, furent appréciés dans les discussions de la Commission législative chargée d'examiner le projet de loi présenté par le gouvernement à cette époque. Ceux-ci, frappés, selon l'expression du rapporteur de la Commission, M. Legentil, de la facilité que donne la mobilisation des actions aux artisans de déceptions pour en réaliser le prix, avaient demandé que les apports des gérants ne pussent jamais être représentés par des actions. Ceux-là auraient voulu distinguer les apports mobiliers et immobiliers, qui ont une valeur réalisable et appréciable en argent, des meubles incorporels qui n'ont qu'une valeur d'opinion; et ils admettaient, pour les premiers, leur représentation par des actions libérées du capital, tandis que relativement aux seconds ils

n'auraient reconnu que des actions industrielles donnant droit au partage des bénéfices nets (après payement des intérêts des versements réels) et ne prenant part, lors de la liquidation, que dans l'excédant du fonds social. D'autres avaient proposé de dire que les actions représentant les apports en nature ne seraient négociables qu'après un ou deux inventaires de la société en bénéfices, ou qu'après une ou plusieurs années de durée de la société. Toutefois, la Commission rejetait ces divers systèmes, parce qu'aucun ne se plaçait en face du problème à résoudre, et que, ne s'attaquant pas directement à la cause même du mal, ils étaient tous également impuissants.

955. Et en effet, disait la Commission dans son rapport, « que se passe-t-il tous les jours sous nos yeux? Le fondateur d'une société en dresse l'acte *seul ou avec un petit nombre d'associés;* il donne à l'apport social une valeur démesurée; il stipule à son profit des avantages outrés... Il prodigue les prospectus, les annonces les plus pompeuses... L'actionnaire, séduit, accourt; il vient pour souscrire... Demandez-lui ce qu'il a acheté, le nom du gérant, la nature, la situation de l'entreprise, il n'en sait rien, il ne voit que le cours du jour, ne rêve qu'à celui du lendemain. *Ainsi s'est formé sans examen, sans discussion, sans contradiction, un contrat qui est collectif par sa nature. Ainsi est ouvertement violé le principe de droit qui veut qu'il n'y ait de conventions formant loi entre les parties que celles qui sont consenties avec liberté et en connaissance de cause.* — Voilà la source mère des plus grands abus, celui qu'il importe le plus de tarir. — Il faut forcer en quelque sorte les associés à ne s'engager qu'après examen et avec réflexion, leur donner la force d'unité et de cohésion qui leur a manqué jusqu'à ce jour. »

Il n'était pas possible de mieux reconnaître et de préciser plus exactement la cause première des désordres et des scandales dont les apports en nature et les avantages particuliers avaient été l'occasion. Et la cause étant ainsi dégagée, la Commission, pour prévenir le mal, avisait à organiser l'examen préalable et la discussion contradictoire du pacte social entre toutes les parties que ce pacte devait lier. Elle entendait bien aussi que les apports faits à la société en valeurs autres que du numéraire seraient représentés par des actions de 5 000 francs au moins. Mais ce n'était là qu'un complément de garantie. Le moyen principal, essentiel, consistait en ceci, que « les actionnaires, jusque-là isolés et livrés sans défense à toutes les ruses, à toutes les séductions du charlatanisme », ne pourraient désormais « s'engager qu'après s'être entendus entre eux et avoir discuté en réunion les bases de leur affaire commune. » Cela ressortait nettement des art. 5, 8, 10 et 11 combinés du projet amendé par la Commission. D'après ces articles, celui ou ceux par qui la formation de la société était proposée devaient préalablement dresser devant notaire, à titre de simple projet, un acte signé d'eux, contenant toutes les énonciations propres à éclairer les souscripteurs, et spécialement, si l'apport social était en immeubles, l'établissement de la propriété avec énonciation des prix successifs d'ac-

quisition. Cet acte préparatoire devait fixer le délai dans lequel serait passé l'acte définitif de société. Les souscripteurs convoqués, au cours de ce délai, devant le notaire détenteur de l'acte préalable, étaient appelés à délibérer sur les statuts de la société et la rédaction de l'acte définitif. Le notaire dressait procès-verbal de la délibération qui, pour être valable, devait être signée par un certain nombre d'actionnaires ayant versé d'avance le cinquième de leurs actions. Et le contrat ne devenait définitif que par la signature de la majorité des souscripteurs ayant pris part à la délibération et réunissant plus de la moitié du capital de la commandite en numéraire.

956. Tel fut ce projet qui, on le sait, ne put pas aboutir. Il était simple dans ses combinaisons. Il était, de plus, autant qu'on le peut désirer, susceptible de prévenir les surprises; car il ménageait à chaque souscripteur la possibilité de s'éclairer par lui-même sur les stipulations du pacte social avant de les appeler tous à discuter en commun ce pacte devant le notaire qui en avait dressé et en détenait l'acte préparatoire. Et l'on peut regretter que lorsque l'œuvre de la réglementation a été reprise, et avec plus de succès, soit en 1856, soit en 1863, soit en 1867, le législateur ne soit pas revenu à ce projet pour s'y tenir. — Il a été mieux inspiré, croyons-nous, en Belgique. Dans un projet de 1866, et par conséquent préparé à peu près à l'époque où l'on discutait chez nous la loi qui nous régit aujourd'hui, le gouvernement belge proposait contre l'exagération de la valeur des apports le système qu'avaient consacré nos lois de 1856 et de 1863 dont il reproduisait littéralement les termes (art. 47 du projet). Les Chambres refusèrent nettement de l'admettre, et à ce système elles en substituèrent un autre qui rappelle celui que nous venons d'analyser et procède de la même pensée. Selon la loi belge (qui par suite d'incidents législatifs ne fut votée et promulguée que sept ans plus tard, le 18 mai 1873), la société peut se constituer de deux manières : par un seul acte renfermant tous les éléments constitutifs de la société; par plusieurs actes dont le premier, qui pose les bases de l'association, doit être complété par des souscriptions. Le premier mode (dont notre loi de 1856 ne tenait aucun compte, mais auquel celle de 1867 se rattache, dans une certaine mesure, par la disposition finale de l'art. 4), est propre au cas où tous les associés s'engagent et prennent en quelque sorte la position de fondateurs : aucune formalité alors n'est nécessaire; la loi belge se borne à préciser que la société est constituée par *un acte authentique* dans lequel comparaissent tous les associés et qui constate que le capital social est intégralement souscrit et que le vingtième du capital en numéraire est versé (art. 29 et 30). Le second mode est spécial au cas où les fondateurs faisant appel au public, la société se constitue par souscription. D'après les art. 31 et 32, qui régissent ce cas (1),

---

(1) Voici les termes de ces articles : « Art. 31... L'acte de société est préalablement publié à titre de projet. — Les souscriptions doivent être faites en double et indiquer : — la date de l'acte authentique de société et de sa publication ; — l'objet de la société, le capital social et le nombre d'actions ; — les apports et les conditions auxquelles

la convention passe alors par trois phases successives : 1° l'acte de société, qui doit être préalablement publié ; 2° les actes de souscription qui, dressés en double, font connaître par eux-mêmes l'objet de la société, le capital social, le nombre des actions ou parts, le prix des apports, les avantages réservés aux fondateurs de la société, la date de la société, et invitent ainsi chaque souscripteur à faire une appréciation individuelle des éléments nécessaires de l'opération ; 3° enfin la clôture de la période transitoire par une assemblée devant notaire, dans laquelle les souscripteurs réunis, sur convocation faite dans un délai préalablement fixé, sont appelés à donner, s'il y a lieu, une approbation collective. C'est, on le voit, la réalisation et la mise en pratique, en Belgique, du projet préparé chez nous, en 1838, en vue de la réforme alors projetée.

957. Mais d'autres combinaisons sortirent de la discussion, qui fut reprise en 1856 ; il ne paraît pas que celle-ci y ait été même indiquée. Le Gouvernement estimait alors que le moyen le plus sûr « de rendre à peu près impossibles » les manœuvres consistant dans l'exagération de la valeur des apports était d'armer tout intéressé d'une action en réparation du dommage causé par cette fraude. En conséquence, d'après l'art. 7 du projet, tout intéressé « pouvait demander, contre celui qui avait fait l'apport, la réparation du dommage à lui causé par l'exagération de cet apport, sans préjudice de toute autre action pour fait de dol » ; en outre, « le gérant qui avait accepté l'apport pouvait être déclaré solidairement responsable du montant des condamnations prononcées ; mais la demande n'était plus recevable après l'expiration de deux années à compter de la publication de la société. » En cela, le projet allait contre les principes du droit, d'après lesquels, en général, la lésion, quelque considérable qu'elle soit, n'autorise point les majeurs à demander, soit la rescision du contrat, soit la réparation du dommage qu'ils éprouvent. Et c'est l'objection capitale qu'on faisait au projet du Gouvernement (1). Il faut convenir, pourtant, qu'elle n'était pas décisive. L'exposé des motifs présenté à l'appui du projet allait au-devant. Il y a des exceptions, disait-il, à la règle de droit qui ne permet pas au majeur de revenir, sous prétexte de dommage, sur le consentement qu'il a donné. « Il y en a pour les ventes d'immeubles ; il y en a pour les partages entre cohéritiers, et par conséquent pour les partages entre associés. Sans doute, cette faculté de se soustraire aux effets de son consentement doit être rarement accordée ; mais elle peut

---

ils sont faits ; — les avantages particuliers attribués aux fondateurs ; — le versement, sur chaque action, d'un vingtième au moins de la souscription. — Elles contiennent convocation des souscripteurs à une assemblée qui sera tenue dans les trois mois pour la constitution définitive de la société. » — Art. 32 : « Au jour fixé, les fondateurs présenteront à l'assemblée, qui sera tenue devant notaire, la justification de l'exécution des conditions requises par l'art. 29 avec les pièces à l'appui. — Si la majorité des souscripteurs présents, autres que les fondateurs, ne s'oppose pas à la constitution de la société, les fondateurs déclareront qu'elle est définitivement constituée. — Le procès-verbal authentique de cette assemblée, qui contiendra la liste des souscripteurs et l'état des versements faits, constituera définitivement la société. »

(1) Voy. le rapport de M. Langlais, de la Sarthe (Tripier, [illegible]

lorsqu'il s'agit de conventions qui sont plus spécialement soumises au principe de l'égalité, ou lorsque l'un des contractants était exposé plus que tout autre à être induit en erreur. Or, l'une et l'autre raison justifient le recours que donne le projet aux membres des sociétés en commandite par actions trompés sur la véritable valeur de l'apport (1). L'observation est juste en elle-même, et peut-être la dérogation proposée eût-elle été admise, si l'objection empruntée aux règles du droit commun en matière de conventions était la seule qu'on pût élever contre le système.

Mais il s'en faut qu'il en soit ainsi. Sans parler des lacunes du projet qui visait les apports en nature et se taisait sur les avantages particuliers, sans parler de son insuffisance en ce qu'en ouvrant l'action en rescision seulement dans le cas où la valeur déclarée de l'apport aurait été exagérée de plus de moitié, il laissait à la fraude une marge encore bien grande, sans parler de ce qu'il pouvait avoir d'impraticable, en raison de la quasi-impossibilité de fixer, à deux ans de distance, la valeur qu'avaient réellement certains apports au moment de la formation de la société, on peut dire de ce projet, comme la Commission législative de 1838 le disait de tous ceux auxquels elle refusait de s'arrêter, qu'en ne s'attaquant pas directement à la cause même, à la source même des désordres à prévenir ou à réprimer, il était fatalement condamné à rester sans efficacité. Comme tous ces projets, en effet, il était exclusif de cet examen préalable, de cette contradiction qui sont les conditions nécessaires de toute convention synallagmatique, de tout contrat collectif. Il laissait les souscripteurs exposés à toutes les surprises, puisque les fondateurs ou les promoteurs de l'affaire restaient libres, à l'origine, de rédiger seuls et à leur guise les statuts de la société. Et, loin de prévenir les manœuvres et les fraudes dont, à ce moment, les rédacteurs des statuts pouvaient se rendre coupables, il ne les atteignait, et encore seulement en cas de lésion de moitié, que lorsqu'elles étaient définitivement consommées. C'est par là surtout que le système proposé par le Gouvernement prêtait à la critique, et bien qu'il ait encore aujourd'hui dans la doctrine des défenseurs énergiques (2), on peut dire que la loi aurait manqué le but si elle s'y fût arrêtée.

Cela fut immédiatement compris. De même qu'en 1838, la Commission législative de 1856 reconnut tout d'abord que la loi n'au-

(1) Voy. M. Tripier (*Ibid.*, p. 24 et 25).

(2) M. Alfred de Courcy estime qu'il est le seul admissible contre l'exagération de la valeur des apports et des avantages particuliers. En conséquence, dans le projet qu'il formule à la suite de son commentaire comme pour en résumer la pensée, il dit à l'art. 4 : « Lorsqu'il a été fait un apport à la société avec stipulation, dans l'acte social, de rémunération ou d'avantages en faveur des apportants, l'assemblée générale, à la majorité des deux tiers des actionnaires présents ou représentés, peut ordonner qu'il sera intenté, contre les apportants, une action en rescision desdites conventions pour cause de lésion. — Cette action n'est ouverte que pendant deux ans à dater du dépôt de l'acte de société. Elle est indépendante de toutes celles qui pourraient être formées pour cause de dol ou de fraude. — Le tribunal peut, suivant les circonstances, maintenir, annuler ou réduire les avantages stipulés pour prix de l'apport » (p. 89 et 279). — Voy. aussi M. [illegible]

rait quelque efficacité qu'autant qu'elle donnerait aux souscripteurs les moyens de s'éclairer et qu'elle les mettrait en mesure ou plutôt en demeure de ne s'engager qu'après examen et en pleine connaissance de cause (1). Elle comprit qu'il en devait être de la formation des sociétés de capitaux ou par actions comme de la formation des sociétés de personnes, et, par conséquent, qu'elle devait être l'œuvre des intéressés eux-mêmes, agissant collectivement, discutant ensemble et établissant d'accord les conditions de l'affaire commune. Et, procédant dans cet ordre d'idées, la Commission proposa de dire qu'après la souscription du capital et le versement du quart, les actionnaires seraient réunis une première fois en assemblée générale à l'effet d'aviser aux moyens de vérifier la valeur des apports en nature et d'apprécier les avantages particuliers, s'il en était conféré à des associés; et puis, la vérification et l'appréciation étant faites, que les actionnaires, réunis à nouveau en assemblée générale, délibéreraient et, s'il y avait lieu, donneraient les approbations à la suite desquelles la société serait définitivement constituée. Ainsi fut-il décidé par l'art. 4 de la loi du 17 juillet 1856.

959. Ce système, que nous allons retrouver dans la loi de 1867, n'est pas à l'abri de la critique. Certes, on ne peut pas aller jusqu'à dire « qu'il blesse les notions les plus élémentaires de la justice et de la morale, en permettant aux souscripteurs d'un engagement de manquer à cet engagement, sans autres juges de leurs résolutions qu'eux-mêmes constitués en tribunal souverain. » (2) En définitive, l'associé qui fait un apport en nature se constitue en quelque sorte vendeur de la chose apportée. N'est-il pas légitime et tout naturel, dans une telle situation, que les membres de la société à laquelle la vente est proposée soient directement appelés à vérifier et à dire s'il leur convient d'accepter ou de refuser le marché? Et, quoi qu'on en dise, le danger n'est pas dans cette intervention des parties intéressées. Après tout, ce tribunal souverain qui va statuer dans sa propre cause, c'est l'assemblée générale dont la décision sur le point en question devra être prise à la majorité des actionnaires présents et ne vaudra qu'autant que cette majorité comprendra le quart des souscripteurs et représentera le quart du capital social. Or, est-il sérieusement à craindre que des souscripteurs venus de toutes parts, ne se connaissant pas et absolument étrangers les uns aux autres, parviennent à s'entendre et à constituer une telle majorité dans la pensée déloyale et frauduleuse d'amener à composition ceux qui ont fait des apports en nature et de leur imposer d'injustes réductions? En Belgique, où, comme nous l'avons indiqué, le procédé de la loi française était proposé par le Gouvernement, les raisons qui en motivèrent le rejet étaient bien autrement dans la vérité des choses. Dans ces assemblées successives, disait-on, la majorité lie la minorité; sera-t-il bien difficile aux fondateurs, qui auront tant d'intérêt à faire réussir leurs combinaisons, de réunir une majorité favorable? Leur

(1) Voy. le rapport de M. Langlais (Tripier, *L. de 1856*, p. 51 et 52).
(2) Voy. M. Alfred de Courcy (*op. cit.*, p. 82 et suiv.).

sera-t-il bien difficile, placés en face de souscripteurs dont rien ne sera venu dissiper la confiance qui les a amenés à souscrire, de diriger les délibérations et d'obtenir de la majorité les approbations requises par la loi? Quel remède les actes réitérés apportent-ils aux souscripteurs en minorité dont les yeux se seraient ouverts sur l'opération dans laquelle ils se seraient laissé aveuglément entraîner? (1)

Voilà ce qu'on peut justement dire contre le système introduit par notre loi de 1856. Outre que ses complications en peuvent paralyser l'exécution, il est, au fond, insuffisamment protecteur pour la société elle-même. Car s'il n'est guère possible de supposer qu'il fournisse aux associés un moyen de contrainte vis-à-vis des gérants ou des fondateurs dont les demandes seraient légitimes et justes, on peut craindre, au contraire, qu'il ne laisse pas aux associés une entière liberté pour se défendre contre les fondateurs ou les gérants dont les évaluations seraient exagérées. En effet, les associés appelés à vérifier la valeur des apports et à apprécier la cause des avantages particuliers, interviennent alors que les choses sont déjà bien avancées : le capital est souscrit en totalité; il est réalisé même dans une large mesure, chacun des associés ayant dû verser le quart au moins du montant des actions par lui souscrites. Engagés dans cette mesure, ils résisteront difficilement aux habiletés de langage, aux artifices que les rédacteurs des statuts sauront *bien mettre* en œuvre pour soutenir les affirmations de leurs *prospectus*, pour en maintenir les promesses. Et, plutôt que de rompre, par un refus d'approbation, une affaire plus qu'à moitié conclue, ils se laisseront aisément convaincre et admettront les évaluations proposées...

960. Quoi qu'il en soit, le système établi par la loi de 1856 a été maintenu par les lois ultérieures. Appliqué par celle du 23 mai 1863 aux sociétés à responsabilité limitée, il est reproduit, avec quelques détails en plus, par la loi du 24 juillet 1867, qui régit aujourd'hui les sociétés de capitaux.

Aux termes de l'art. 4 : « Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés.

» La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages, donnée par une autre assemblée générale, après une nouvelle convocation.

» La seconde assemblée générale ne pourra statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages qu'après un rapport qui sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires, cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée.

» Les délibérations sont prises par la majorité des actionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire.

---

(1) Voy. M. Waëlbroeck (*Comm. lég. et doct. de la loi de 1873*, p. 146.)

Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative.

A défaut d'approbation, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties.

» L'approbation ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude.

» Les dispositions du présent article relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait ledit apport, est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis. »

961. C'est le texte que nous avons à expliquer. Écrit en vue des sociétés en commandite par actions, il est rendu applicable aux sociétés anonymes par l'art. 24 de la loi, sauf modification, par les art. 27 et 30, en quelques points de détail que nous aurons à préciser dans le cours des observations qui vont suivre.

Ces observations auront pour objet tout d'abord de suppléer au silence de la loi par la définition des apports et des avantages particuliers qu'elle entend assujettir à une vérification préalable et à une approbation par l'assemblée générale des actionnaires, et, à cette occasion, de préciser les cas dans lesquels des apports, quoique faits dans les conditions virtuellement prévues, sont néanmoins, d'après la disposition finale de l'art. 4, affranchis des mesures édictées par cet article. Arrivant ensuite à ces mesures elles-mêmes, nous traiterons successivement, pour en fixer les détails et en préciser la portée : 1° de la convocation des souscripteurs, qui tous doivent être appelés à délibérer sur la valeur des apports en nature et sur la cause des avantages particuliers ; 2° de la mission propre à chacune des deux assemblées dont la réunion est exigée par la loi ; 3° de la délibération de ces assemblées et tout particulièrement des conditions requises pour qu'elle soit régulière et valable ; 4° de l'effet de la décision, soit que les évaluations proposées à la société aient été acceptées par l'assemblée générale, soit que l'approbation ait été refusée, soit enfin que les évaluations ayant paru exagérées, l'assemblée, d'accord avec le propriétaire de l'apport ou le bénéficiaire des avantages particuliers, en ait voté la réduction.

I. — 962. Arrêtons-nous d'abord aux apports spécialement. La loi ne définit pas ceux dont la valeur doit être préalablement appréciée et approuvée par l'assemblée générale des actionnaires pour que la société puisse se constituer définitivement. Pourtant la pensée du législateur, sur ce point, se précise en quelque sorte par les termes mêmes de la loi : il s'agit des apports qui, selon l'expression de l'art. 4, *ne consistent pas en numéraire*. Les mesures de la vérification et de l'approbation paraissent donc requises pour tout apport consistant en autre chose que de l'argent.

963. N'exagérons pas cependant. Il serait déraisonnable, par exemple, de supposer que le souscripteur qui se libère au moyen de valeurs d'un recouvrement certain, billets de banque, chèques, bons du Trésor public, payables à vue, est tenu, sous prétexte qu'il ne verse pas des écus,

de faire vérifier et approuver son apport. Ce sont là des valeurs qui sont acceptées et peuvent être considérées comme *argent*, et qui, par suite, rentrent dans la catégorie des apports en numéraire auxquels ne s'applique pas la mesure de la vérification préalable par l'assemblée générale des actionnaires.

Il s'induit même d'un arrêt de la Cour d'Agen, dont nous avons eu déjà à apprécier la solution directe (*suprà*, n° 895), que la mesure ne serait pas applicable non plus à l'apport fait en effets de commerce ou valeurs de crédit ou de portefeuille (1). Nous inclinons à penser que l'on peut aller jusque-là. Et en cela, nous ne retirons rien des critiques dont cet arrêt nous paraît susceptible en tant que, dans sa décision spéciale, il considère la remise de telles valeurs comme équivalant au *versement* préalable du quart exigé de tout souscripteur d'actions par l'art. 1er de la loi. On sait dans quelle pensée le législateur a fait du versement préalable du quart de toutes les actions souscrites l'une des conditions essentielles de la constitution définitive des sociétés de capitaux; et par elle-même cette pensée implique l'idée d'un versement réel, effectif, sinon en écus, au moins en valeurs absolument équivalentes, billets de banque, bons du Trésor. La Cour d'Agen avait méconnu cette pensée de la loi en admettant comme telles des effets de commerce à échéances diverses, et dont le recouvrement était plus ou moins assuré. L'arrêt, en cela, avait encouru la censure de la Cour de cassation (2). Mais, dans l'ordre d'idées où nous sommes maintenant placé, il nous paraît vrai de dire, avec cet arrêt, que des valeurs de portefeuille se distinguent de celles dont s'occupe l'art. 4 de la loi, qui, à cause de leur valeur incertaine et variable, doivent être préalablement soumises à la vérification et à l'approbation des actionnaires en assemblée générale. Si donc il arrivait qu'après avoir effectué le versement du quart des actions par lui souscrites, un associé apportât à la société, pour le surplus de sa souscription, des billets ou effets d'une valeur égale à leur énonciation, il y aurait simplement là une sorte de négociation, une remise de valeurs acceptées par la société sauf encaissement : ce ne serait pas un de ces apports en nature que l'art. 4 a spécialement en vue, et dont l'approbation par l'assemblée générale des actionnaires est un préalable sans lequel la société ne pourrait pas être définitivement constituée.

964. Les apports *ne consistant pas en numéraire* dont cet article s'occupe, s'entendent donc spécialement des choses que leurs propriétaires promettent ou cèdent à la société en formation, moyennant une somme ou un prix qui en représente la valeur. On tenterait vainement de faire l'énumération des choses susceptibles de rentrer dans cette catégorie. Bornons-nous à dire qu'il faut comprendre tout ce qui peut être l'objet d'un apport : les meubles comme les immeubles, les biens incorporels comme les biens corporels, l'industrie, le travail, l'habileté

(1) Voy. l'arrêt de la Cour d'Agen du 6 décembre 1860, cité sous le n° 895. *Junge* : M. Bravard (*Soc. comm.*, p. 139, à la note).

(2) Voy. l'arrêt de cassation du 14 mai 1862, mentionné *loc. cit.*

personnelle, etc. Il n'y a pas à distinguer : l'apport peut être d'un secret utile, d'un brevet d'invention, d'un procédé industriel, tout comme d'un fonds de terre ou de commerce, d'une concession de travaux, d'une usine, d'une mine. Tout apport de cette nature est atteint inévitablement par l'art. 4 ; car il est fait autrement qu'en numéraire ou en valeurs absolument équivalentes.

965. Ainsi en serait-il de l'apport fait à une société en formation de l'actif d'une autre société dissoute. Nous réservons, d'ailleurs, pour y revenir dans le dernier paragraphe du présent article, le cas de fusion de deux sociétés qui se dissolvent et forment ensemble une association nouvelle. Notre hypothèse est celle d'une société qui se constitue et à laquelle on apporte l'avoir d'une autre société qui a cessé d'exister. La vérification et l'approbation d'un tel apport dans les conditions déterminées par la loi sont, selon nous, nécessaires en ce cas. Il y a un précédent en ce sens dans un arrêt qui, bien que rendu sous l'empire d'une loi aujourd'hui abrogée, celle du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, conserve encore toute sa valeur, la loi actuelle ayant maintenu et reproduit, sur le point en question, les dispositions dont cet arrêt a eu à faire l'application. — D'après cet arrêt, de ce que dans un acte de société par actions il est énoncé que le capital social a été constitué par les commanditaires et les créanciers d'une précédente association dissoute et mise en faillite uniquement au moyen des valeurs provenant de cette faillite, il ne s'ensuit pas que les nouveaux associés soient affranchis de l'obligation de verser le montant total du capital annoncé au public, *alors que les valeurs apportées à la société n'ont pas été appréciées et approuvées en assemblée générale;* par suite, les créanciers de la société nouvelle sont fondés à réclamer la vérification par justice de la valeur réelle des apports, en vue de faire compléter le versement du capital, au cas d'insuffisance (1). Sans nous arrêter à ce dernier point, auquel nous reviendrons tout à l'heure (*infrà,* n° 967), nous retenons de l'arrêt la solution implicite qu'il consacre, à savoir : que si le capital d'une société peut être constitué par l'actif d'une autre société, il faut du moins que l'apport qui en est fait à la société en formation soit apprécié et approuvé dans les termes de l'art. 4. C'est qu'en effet, il y a là un véritable apport, lequel, ne consistant pas en numéraire, tombe, par cela même, sous l'application de cet article (2).

966. Mais l'art. 4 n'a spécialement en vue que les apports précédant la constitution des sociétés. C'est dire qu'en thèse générale les dispositions n'en sont pas applicables aux apports faits ultérieurement, c'est-à-dire aux choses apportées à la société constituée et au cours de ses opérations. La Cour d'Aix s'était inspirée de cette idée en décidant, sous l'empire de la loi du 17 juillet 1856, qu'il n'y avait pas lieu de considérer comme un apport dont la valeur dût être vérifiée et appréciée, dans les termes de l'art. 4 de cette loi, l'immeuble acquis par une

(1) Req., 10 mai 1869 (Dall., 69, 1, 523; S.-V., 70, 1, 391; *J. Pal.*, 1870, p. 1016).
(2) *Comp.* Grenoble, 11 décembre 1872 (S.-V., 74, 2, 147; *J. Pal.*, 1874, p. 705; Dall., 74, 2, 33).

société d'une manière ferme et définitive, pour un prix déterminé, bien que partie du prix fût payée au vendeur au moyen d'actions à créer en vue de l'augmentation du capital social, si cette augmentation, étant prévue aux statuts, n'entraînait pas la dissolution de l'association, et si la société qui profitait de l'acquisition était celle-là même qui l'avait faite (1). On jugerait de même aujourd'hui. Car, sur le point qui nous occupe, la loi actuelle du 24 juillet 1867 procède de la même pensée que la loi maintenant abrogée de 1856. Elle s'est proposé, non point de subvenir aux sociétés constituées et qui fonctionnent, mais de venir en aide aux sociétés en formation; elle a voulu les prémunir contre ces fraudes et ces exagérations dont les suites étaient de les grever à l'origine d'un passif dont elles ne recevaient pas l'équivalent, et de les condamner par avance à une ruine à peu près certaine. Elle n'a donc pas entendu soumettre à une vérification, à une approbation préalables ce qui étant fourni à la société après qu'elle est constituée et quand elle fonctionne, n'a pas, à vrai dire, le caractère d'apport ou de mise sociale.

Du reste, il en serait ainsi même des fournitures qui, en vertu d'engagements pris envers la société au moment de sa constitution, devront lui être faites ultérieurement par des associés. Par exemple, une association est formée pour l'exploitation d'une fabrique de sucre. Il est fait apport de l'usine à la société, et, en même temps, des associés s'obligent envers elle à lui fournir, pendant toute sa durée, et moyennant des prix déterminés, les betteraves à provenir de leur culture. Il est clair que si la mesure de l'approbation préalable est applicable quant à l'apport de l'usine, elle ne saurait être appliquée à l'engagement relatif aux fournitures de betteraves par les associés. La société traite ici avec les associés comme elle traiterait avec des tiers. Il y a un marché de fournitures, une convention par laquelle la société a voulu s'assurer les matières premières nécessaires à son fonctionnement. Mais de la part des associés qui livreront ces matières premières en exécution de leur engagement, leurs fournitures, dont ils recevront le prix, n'auront rien de commun avec l'apport ou la mise sociale. Il ne saurait donc être question de la vérification préalable, pas plus que pour les choses apportées à la société constituée, et au cours de ses opérations.

En toute hypothèse, d'ailleurs, le cas de fraude doit être réservé.

S'il arrivait, par exemple, que la société une fois constituée on y vînt mettre pour une valeur exagérée des objets que le propriétaire aurait soustraits à la nécessité d'une vérification préalable en s'abstenant de les apporter quand la société était en voie de formation, il nous paraît impossible d'admettre que les parties intéressées restassent absolument désarmées (2). Il y aurait là fraude à la loi. Et si elle était établie, les tribunaux pourraient, appliquant cette sanction de la nullité qu'édicte

(1) Voy. l'arrêt de la Cour d'Aix du 9 avril 1867, rapporté par les Recueils avec l'arrêt de rejet du 11 mai 1870 (*J. Pal.*, 1870, p. 1118; S.-V., 70, 1, 425; Dall., 70, 1, 401).

(2) Voy. cependant MM. Beslay et Lauras (n°s 505 et suiv.).

l'art. 7, dont nous aurons à nous occuper dans le chapitre suivant, dire que la société a été constituée contrairement aux prescriptions de l'art. 4, et, par suite, qu'elle est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés.

967. Outre cela, les souscripteurs qui font l'apport pourraient être personnellement recherchés. Car, notons-le bien, si, en thèse générale, la vérification des apports ne consistant pas en numéraire doit être provoquée par le gérant ou le fondateur de la société, il n'en est pas moins certain que les propriétaires de l'apport ont un puissant intérêt à veiller à ce que la prescription de la loi soit fidèlement observée. Cela apparaît par l'arrêt déjà cité, aux termes duquel les créanciers de la société peuvent, lorsque les valeurs apportées à la société n'ont pas été appréciées et approuvées en assemblée générale, réclamer la vérification en justice de la valeur réelle des apports à l'effet de faire, en cas d'insuffisance, compléter le versement du capital (1). Mais cela résulte de la manière la plus nette d'autres arrêts, d'après lesquels les souscripteurs d'actions qui ont stipulé le payement *en nature*, mais qui ont négligé de faire vérifier et approuver leurs apports par l'assemblée générale, peuvent être tenus de verser *en espèces*, et cela sans pouvoir exercer aucun recours contre les membres du conseil de surveillance (2). Dans l'espèce, une société en commandite par actions avait été annulée comme constituée contrairement aux dispositions de la loi, qui n'admettent la constitution définitive des sociétés qu'après la souscription de la totalité du capital social et le versement, par chaque actionnaire, du quart au moins du montant des actions par lui souscrites. Après le jugement d'annulation, les créanciers sociaux recherchèrent deux actionnaires à qui leur bulletin de souscription réservait la faculté de payer en nature partie des sommes souscrites, et leur demandèrent le versement de la totalité de leur mise *en espèces*. La demande fut accueillie par le Tribunal de commerce, qui néanmoins donnait aux défendeurs un recours contre les membres du conseil de surveillance. Sur l'appel, la Cour d'Aix, infirmant le jugement en ce dernier point seulement, maintint la condamnation et retira aux souscripteurs le recours qui leur avait été accordé. La décision a été vainement déférée à la Cour de cassation. Vainement a-t-on dit devant cette Cour que rien ne pouvait justifier la modification apportée par l'arrêt attaqué à la convention constatée par le bulletin de souscription; qu'à tort, l'arrêt avait considéré comme sujette à vérification par l'assemblée générale la stipulation, dans ce bulletin, d'un payement partiel en nature; qu'en tous cas, il y avait erreur évidente dans sa décision, puisque, d'une part, à supposer que la société dût être déclarée nulle à raison du défaut de vérification, les souscripteurs n'avaient plus aucun engagement à remplir, et, d'une autre part, en supposant, au contraire, que la société fût valable malgré cette circonstance, les souscripteurs ne pou-

(1) Voy. l'arrêt de la chambre des requêtes du 10 mai 1869, cité au n° 965.

(2) Voy. Aix, 13 août 1860, et, sur le pourvoi, Req., 24 juill. 1861 (Dall., 60, 2, 223; 61, 1, 455; S.-V., 61, [illegible]; *Pal.*, [illegible]).

[illegible] dans les termes de leur contrat [illegible] obligations que celles [illegible] qu'il y avait un apport consistant pas en numéraire, l'assemblée générale aurait dû être appelée à vérifier et approuver la valeur [illegible] rendus [illegible] négligence [illegible] vérification et approbation [illegible] le versement *en espèces* du montant intégral de leur [illegible] certain que les propriétaires de l'apport ont un puissant intérêt [illegible]

963. Il nous reste à parler, pour compléter nos observations [illegible] d'une exception établie par la loi elle-même [illegible] touchant la vérification et l'approbation préalables de la valeur des apports en nature. L'exception, formulée dans le dernier paragraphe de l'art. 4, est relative à un cas spécial qui, par quelque côté, touche à celui que règlent les art. 29 et 30 de la loi belge du 18 mai 1873 (*suprà*, n° 958) : c'est le cas où la société à laquelle est fait un apport [illegible] formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis.

Aux termes du dernier paragraphe de l'art. 4, les dispositions de cet article relatives à la vérification de l'apport ne sont pas applicables [illegible]. Pourquoi cela ? Le rapporteur de la commission au Corps législatif en donne les raisons décisives. « Une question délicate s'est élevée, a-t-il dit, à l'occasion de l'art. 4 : fallait-il faire des précautions qu'il impose une règle absolue, n'y avait-il pas des exceptions possibles et nécessaires ? Un membre de la commission nous a soumis les hypothèses que voici : Une société en commandite, *sans actions*, ou une société en nom collectif, par des motifs d'ordre purement intérieur, veulent se transformer *en société en commandite par actions* ; elles n'ont pas besoin de faire appel à des capitaux étrangers ; c'est entre les associés ou propriétaires de l'actif social que les actions devront exclusivement se répartir. — Un manufacturier, un chef d'industrie que l'âge ou les circonstances mettent dans la nécessité d'alléger le fardeau qui pèse sur lui, voudra loyalement faire de son usine, de son industrie, la matière d'une société par actions. — Dans tous ces cas, et alors même qu'un ou deux capitalistes étrangers viendraient souscrire des actions représentatives d'un capital en numéraire, ajouté aux apports, la création d'une société en commandite par actions sera impossible. Comment, en effet, constituer les assemblées chargées de faire vérifier et approuver ensuite les apports et la cause des avantages stipulés, puisque les associés qui font des apports ou stipulent les avantages sont écartés de ces assemblées où, à juste titre, on leur refuse voix délibérative ? C'est placer ceux auxquels leur intérêt légitime conseille la société en commandite par actions entre l'impuissance et une simulation toujours regrettable, même quand elle ne porterait pas sur un mauvais but. » Plus loin, le rapporteur, après avoir rappelé les termes de l'exception, ajoute : « Il n'y a pas là d'actionnaires appelés et qui, trompés par de fausses apparences, acceptent en aveugles des apports ou des

stipulations qu'ils n'ont ni connus, ni contrôlés. L'absence d'approbation tient uniquement à l'absence même de l'élément intéressé à exercer le contrôle. » (1)

Voilà donc les raisons qui motivent l'exception : d'une part, la vérification préalable, dans le cas donné, serait impossible légalement, parce que tous les copropriétaires de l'apport étant privés du droit de vote dans les assemblées chargées de procéder à l'opération, on n'en trouve pas d'autres avec lesquels ces assemblées puissent se constituer ; d'une autre part, elle serait inutile et sans objet, parce que tous les associés sont copropriétaires de l'apport effectué, et qu'en cet état il n'y a pas de surprise possible, aucun d'eux n'ayant intérêt soit à exagérer, soit à amoindrir un apport, dont, au surplus, ils connaissaient tous exactement la valeur.

969. Toutefois, on peut craindre que la fraude n'abuse de cette combinaison pour éluder les prescriptions de la loi. Ne se peut-il pas, en effet, que des spéculateurs s'entendent pour acquérir en commun un brevet, une invention, une chose enfin sans valeur réelle ; qu'affranchis de tout contrôle, grâce à la disposition finale de l'art. 4, ils apportent pour un prix considérable la chose commune à la société qu'à cet effet ils forment seulement entre eux ; et enfin, qu'au lendemain de la constitution de cette société, ils jettent sur le marché public des actions représentatives de l'apport dont la valeur avait été frauduleusement exagérée? Ce danger avait été prévu dans la discussion de la loi. Et, pour le prévenir, la commission du Corps législatif proposait de rédiger la disposition finale de l'art. 4 en ces termes : « Les dispositions qui précèdent ne seront pas applicables au cas où les associés qui font les apports ci-dessus énoncés sont propriétaires indivis de tout le fonds social, *et ne font pas appel à une souscription publique.* » Mais le conseil d'État repoussa cette dernière partie de la disposition. Il y vit, dit le rapporteur de la commission, « une restriction dont les limites précises étaient difficiles à déterminer. Si l'appel au public par voie de prospectus de la part des fondateurs est suspect au lendemain de la société, en serait-il de même six mois, un an plus tard? Que faudra-t-il entendre par souscription publique? La fraude, si elle existe, pourra être poursuivie ; mais, il ne faut pas l'oublier, la fraude ne se présume pas, et il est impossible, sous prétexte qu'elle pourra se servir de l'exception, pour tourner les prohibitions de la loi, de condamner des intérêts loyaux et respectables à ne point user des facultés de droit commun. » (2). La commission s'étant rendue à ces raisons, le moyen proposé a été écarté. La disposition exceptionnelle reste donc avec ses dangers, sauf, bien entendu, l'application des règles du droit commun en matière de fraude, si l'appel *fait après coup* à une souscription publique était reconnu frauduleux.

970. Précisons maintenant les cas prévus par la loi et les conditions

---

(1) Voy. M. Tripier (*Comm. de la loi de 1867*, t. I, p. 117 et 118).
(2) Voy. M. Tripier (p. 118).

auxquelles est subordonné le bénéfice de la disposition exceptionnelle. La loi suppose la *formation* d'une société seulement *entre les propriétaires par indivis de l'apport en nature* qui va constituer le capital social. Pris dans ses termes, le dernier paragraphe de l'art. 4 semble n'aller pas au delà. « Les dispositions du présent article relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire, y est-il dit, ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait ledit apport est *formée* entre ceux seulement *qui en étaient propriétaires par indivis.* » Toutefois, les explications fournies à l'appui du projet font bien voir que la pensée du législateur ne s'est pas renfermée dans cette hypothèse. Le cas qu'il a eu en vue n'est pas seulement celui où des copropriétaires restés dans l'indivision veulent sortir de cet état de jouissance calme, inactive, et, pour faire de leur chose commune un instrument de gain, se déterminent à la mettre et à se constituer eux-mêmes en société (*suprà*, n° 75). Il y a un autre cas qui devait appeler son attention, et même d'une manière plus particulière, parce que, plus que le précédent, il est susceptible de se produire dans la pratique : c'est le cas de *transformation* d'une société préexistante (1). Et c'est, en effet, à ce cas surtout que se réfère le rapport de la commission. Le bénéfice de l'exception serait donc acquis à des associés qui, après avoir formé entre eux une société en nom collectif ou en commandite simple, jugeraient à propos de transformer leur société de personnes en société de capitaux, et, en conséquence, diviseraient le fonds social en actions qu'ils se répartiraient proportionnellement à la part de chacun d'eux dans leur société primitive. Sans doute, ces associés n'étaient pas *propriétaires par indivis* de l'actif qui constitue l'apport fait à la société transformée, car c'est l'être moral, société, qui était propriétaire, et, par là, les associés ne sont pas dans la condition indiquée par la lettre même de la loi. Néanmoins, l'exception aux dispositions générales de l'art. 4 se justifie ici par les raisons mêmes qui l'ont déterminée. La vérification préalable, prescrite par ces dispositions générales, ne serait pas légalement possible, puisqu'il n'y a pas d'actionnaires pour constituer l'assemblée qui devrait y procéder; elle serait sans objet, parce que, l'apport étant exactement connu des membres de la société transformée, lesquels sont précisément ceux de la société primitive, les tromperies ou les surprises ne sont pas à redouter. L'esprit de la loi vient donc en aide à la lettre; et ce cas de la *transformation* d'une société préexistante n'eût-il pas été très-spécialement visé dans la discussion de la loi, il faudrait dire que l'exception lui est applicable aussi bien et au même titre qu'à celui où des propriétaires par indivis font de leur chose commune l'actif d'une société *formée* entre eux.

971. Mais, dans l'une et dans l'autre hypothèse, l'exception est subordonnée à une double condition. Il faut que la société, dont l'apport en nature va constituer tout le fonds social, soit établie sans appel à une souscription publique, à des capitaux étrangers, et que l'apport

(1) Voy. M. Beudant (*Rev. prat.*, t. XXXVI, p. 150).

soit fait par ceux qui étaient propriétaires par indivis ou jouissaient en commun de la chose apportée.

Ainsi, d'une part, si des copropriétaires ou des coassociés, en constituant ou en transformant une société, ne se bornent pas à faire apport de la chose qu'ils possédaient ou exploitaient en commun; si, en même temps, ils recourent au crédit public et appellent des souscripteurs étrangers, il n'est plus vrai de dire ni que le fonds social consiste en un capital en nature, ni même que la société est formée entre ceux là seulement qui étaient propriétaires de l'apport. La première condition fait défaut. Vainement dirait-on que, réduite à un capital en nature, la société, privée de numéraire, ne se trouve pas en mesure de fonctionner. C'est l'affaire des associés d'y pourvoir. Ils souscriront eux-mêmes les actions qu'ils créeront en vue de parer aux besoins de l'opération; ou bien ils auront recours à l'emprunt, soit par une émission d'obligations, soit de toute autre manière. Mais si, au lieu de cela, ils font appel aux capitaux étrangers et ajoutent ainsi un capital en numéraire à leur apport, ils ne peuvent plus invoquer l'exception établie par la dernière disposition de l'art. 4, car ils se placent précisément dans le cas auquel s'applique la règle posée dans les premiers paragraphes de cet article. Ils ne le pourraient pas non plus, bien entendu, si une émission d'obligations n'avait été de leur part qu'un moyen d'éluder la loi; par exemple, si, rattachant en quelque sorte leurs actions de fondation aux obligations émises, ils les donnaient en prime aux obligataires qui, ainsi, seraient en réalité de véritables actionnaires. Ce serait le cas de fraude expressément réservé dans le rapport de la commission (*suprà,* n° 969). Et non-seulement les fondateurs n'auraient pas le bénéfice d'une exception dont ils ne se seraient servis que pour tourner les prohibitions de la loi, mais encore ils encourraient les peines édictées par les art. 13 et 15.

972. D'une autre part, si, une société nouvelle étant constituée entre les membres d'une ancienne société dissoute et liquidée, chacun d'eux apporte à la société en formation une valeur en nature qui lui a été attribuée dans la liquidation de l'ancienne société; ou bien encore, si, des concessions diverses ayant été faites, les concessionnaires forment entre eux une société par actions dans laquelle ils réunissent leurs concessions respectives, il n'est plus vrai de dire que le fonds social était la propriété indivise de ceux entre qui la société est formée. La seconde condition fait défaut, et il n'y a pas lieu non plus à l'exception. En effet, cette exception, qui consiste dans l'affranchissement de la vérification et de l'approbation préalables de l'apport par l'assemblée générale, s'explique d'elle-même dans l'hypothèse prévue au dernier paragraphe de l'art. 4. Tous les fondateurs étant copropriétaires, aucun d'eux n'a intérêt à grossir la valeur de l'apport par une exagération qui ne profiterait à aucun par cela même qu'elle profiterait à chacun et à tous également. On peut donc admettre leur évaluation personnelle: l'absence d'une vérification et d'une approbation préalables se justifie en ce cas, selon l'expression du rapporteur de la commission, par l'ab-

sence même de l'élément intéressé à exercer le contrôle. Or il n'en serait pas de même dans les cas supposés. La vérification préalable ne serait pas sans objet, car les apports étant faits distinctement par les fondateurs de la société, chacun d'eux aurait un intérêt incontestable à exagérer la valeur de son apport; et il ne serait pas vrai de dire que les évaluations mensongères ne sont pas à craindre. Elle ne serait pas, d'ailleurs, légalement impossible, parce que, si l'associé qui fait un apport en nature n'a pas voix délibérative dans l'assemblée à laquelle est confié le soin d'approuver la valeur des apports ne consistant pas en numéraire, cela ne fait pas, nous le verrons bientôt, que ce même associé soit privé du droit de vote quand il s'agit d'apprécier les apports en nature faits par d'autres associés (*infrà*, n° 1009). Ainsi, dans les cas supposés, il n'y a pas en fait d'obstacle à l'observation de la règle établie par la loi : l'exception ne saurait donc y être étendue.

973. Nous ne l'étendrions pas non plus au cas où, l'association étant formée entre plusieurs associés qui auraient souscrit tout le capital par l'acte de société et en auraient immédiatement versé le montant intégral, l'un d'eux promettrait à la société un apport en nature. Dans ce cas plus encore que dans le précédent, aucune des raisons qui ont amené le législateur à introduire l'exception ne peut être invoquée. On s'est prévalu néanmoins, contre cette solution, sinon de la lettre, au moins de l'esprit de la loi. « Qu'a voulu la loi? a-t-on dit. Prémunir les souscripteurs contre l'exagération habituelle des apports en nature ou des avantages particuliers, contre les suites d'une approbation surprise dans une assemblée unique. Or ce danger n'est pas à craindre pour les actionnaires qui ont concouru contradictoirement à la rédaction de l'acte; il n'y a pas à se préoccuper des souscripteurs à venir, puisque l'affaire est concentrée entre les contractants : traitant à propos de ce qui leur appartient, ne peuvent-ils pas, dès le début, régler la situation comme ils l'entendent? Il en est alors comme dans les sociétés par intérêts : les actionnaires se concertent; il n'est pas présumable qu'ils ne se soient pas antérieurement renseignés sur leur moralité respective et la valeur de leurs apports. » (1) Cela serait admissible et même parfaitement fondé dans le système de la loi belge du 18 mai 1873, laquelle, prévoyant précisément le cas spécial où tous les associés prennent en quelque sorte le rôle de fondateurs, les affranchit de toute formalité et déclare que la société, alors, est constituée par un acte authentique auquel toutes les parties doivent comparaître (*suprà*, n° 956). Mais notre loi française ne va pas jusque-là. Ce qui, en Belgique, est de règle quand, sans faire appel aux souscripteurs étrangers, les associés, quels que soient leurs apports, s'engagent tous comme fondateurs en quelque sorte, n'est admis par la loi française qu'à titre d'exception, pour un cas spécial et déterminé : celui où le fonds social se constitue avec un apport en nature dont tous ceux entre qui la société est formée étaient propriétaires par indivis et qui tous collectivement le mettent en so-

(1) Voy. M. Beudant (*Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 151).

ciété. Alors seulement l'apport est affranchi de cette vérification préalable sans laquelle, en dehors de ce cas, la société, irrégulièrement constituée, serait nulle et de nul effet à l'égard des intéressés. Or l'apport est évidemment en dehors de l'hypothèse prévue lorsqu'il est effectué par un seul ou même par plusieurs de ceux entre qui la société est formée. Cela suffirait déjà pour que la disposition exceptionnelle ne fût pas applicable, le propre de toute exception étant de ne pouvoir pas être étendue d'un cas à un autre sous prétexte d'analogie. Mais, en outre, il n'y a même pas analogie entre les deux hypothèses. Le fait que le capital en numéraire est intégralement souscrit, et même immédiatement versé lors de la rédaction des statuts, est sans relation avec les mesures prescrites par la loi relativement au capital en nature. Il peut avoir pour effet de suppléer à quelques-unes des formalités exigées par l'art. 1er de la loi ou de les rendre inutiles; il ne saurait équivaloir aux vérifications prescrites par l'art. 4, parce que, le capital en numéraire fût-il souscrit et intégralement versé, dès qu'un capital en nature est fourni par un seul associé, il y a, quoi qu'on en dise, un intérêt incontestable à la vérification pour les autres dont le consentement peut avoir été surpris ou donné par suite de malentendu ou d'erreur (1).

N'insistons pas davantage sur la règle et sur l'exception relatives aux apports en nature, et arrivons aux avantages particuliers.

IV. — 974. Il en est des avantages particuliers stipulés au profit de tel ou tel associé comme des apports ne consistant pas en numéraire: ils doivent aussi, d'après l'art. 4, être soumis à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires. La mesure est requise sous la sanction de la nullité édictée par l'art. 7, et les bénéficiaires des avantages particuliers, tout comme ceux qui font à la société des apports en nature, sont d'autant plus intéressés à veiller à ce que la mesure soit fidèlement accomplie qu'aux termes de l'art. 8, § 2, ils pourraient être déclarés responsables du dommage résultant, pour la société ou pour les tiers, de l'annulation de la société (*suprà,* n° 967).

Mais quels sont les avantages dont la cause doit être appréciée par l'assemblée générale? La loi ne définit pas non plus en ce point; elle vise d'une manière générale *les avantages qui sont stipulés à son profit par un associé;* et en cela elle est moins indicative dans sa formule que pour les apports sur la valeur desquels elle appelle aussi le contrôle de l'assemblée (*suprà,* n° 962). Toutefois, ici encore la pensée de la loi

(1) Sans traiter directement la question, M. Vavasseur l'a virtuellement résolue en ce sens dans les formules qui accompagnent son commentaire de la loi de 1867. Nous trouvons, en effet, dans le chapitre III des formules (société anonyme), section II, un article ainsi conçu : « Les comparants ayant eux-mêmes apporté et même versé l'intégralité du fonds social, il n'y a pas lieu à la déclaration notariée, ni aux autres formalités prescrites par l'art. 1er de la loi du 24 juillet 1867. — *Mais, pour se conformer rigoureusement à l'art. 4, ils déclarent se constituer en assemblée générale pour apprécier la valeur de l'apport fait par M. A...* — Après avoir reçu de ce dernier diverses explications et justifications, ils ont déclaré s'ajourner au..., au siége social, heure de..., *pour délibérer sur l'approbation à donner à l'évaluation de l'apport.* » (P. 429.)

se précise, sinon par ses termes mêmes, au moins par son objet et par le but vers lequel a tendu le législateur. Il s'agit du contrat de société, c'est-à-dire d'une convention dans laquelle l'égalité entre tous est le principe dominant et la loi même des parties. Sans doute on peut, on doit admettre que celui qui d'une manière quelconque rend des services spéciaux qui profitent à la chose commune, obtienne une part plus grande dans les profits. Mais de tels avantages doivent être le prix de services réels; il importe donc de ne les concéder qu'en connaissance de cause. C'est à cela précisément que le législateur a voulu pourvoir. D'où il suit que l'*avantage particulier* qu'il a en vue dans l'art. 4, et à raison duquel il exige le contrôle de l'assemblée générale des actionnaires, s'entend de toute stipulation qui, en attribuant à tel ou tel associé une part plus grande dans les bénéfices, romprait, au profit de l'un des sociétaires, l'égalité qui, en principe, doit exister entre tous.

975. Toutefois, ne prenons pas à la lettre la formule par trop générale de l'art. 4. On peut concevoir des stipulations qui, bien qu'avantageuses pour un associé, ne constituent pas cependant l'avantage spécial, l'avantage particulier que cet article a en vue. Par exemple, reprenons l'hypothèse indiquée plus haut : supposons que des associés se sont obligés par le pacte social à fournir à la société, pendant sa durée et moyennant un prix déterminé par avance, les matières premières nécessaires à son fonctionnement (*suprà,* n° 966). Il y a là, sans contredit, un avantage particulier pour ces associés : la stipulation, en même temps qu'elle leur assure le placement utile de leurs produits, leur procure des bénéfices individuels entièrement indépendants des chances sociales, des bénéfices que, fût-elle en perte, la société devra solder et dont elle répondra même sur son actif. Cela, cependant, n'est nullement contraire au principe de l'égalité entre associés. La convention est absolument indépendante du contrat de société (1); elle est intéressée de part et d'autre. C'est une cession, une vente, un marché de fournitures que la société aurait pu conclure avec des tiers, et qui ne change pas de nature pour avoir été fait avec des associés. Dès lors, de même que les fournitures à faire par ces associés ne constituent pas, comme nous l'avons expliqué (*loc. cit.*), la mise sociale, l'*apport en nature* que l'art. 4 assujettit à une vérification préalable, de même le profit à retirer par eux du marché ne saurait être assimilé à l'*avantage particulier* dont la cause doit être préalablement appréciée aux termes de ce même article.

Mais si au lieu de cela nous supposons une stipulation par laquelle un associé, sous prétexte soit de services rendus ou à rendre à la société, soit de travaux ou de sacrifices à faire pour elle, se fait attribuer

---

(1) Sur ce fondement repose la jurisprudence qui, en matière fiscale, soumet les conventions de l'espèce à un droit proportionnel de vente mobilière, indépendamment du droit gradué à percevoir sur l'acte de constitution de la société. Req., 18 janv. 1871 (S.-V., 71, 1, 84; *J. Pal.*, 1871, p. 217; Dall., 71, 1, 18); Cass., 20 avr. 1870 (S.-V., 71, 1, 105; *J. Pal.*, 1871, p. 253; Dall., 70, 1, 397); Rej., 21 févr. 1876 (Dall., 76, 1, 109; S.-V., 76, 1, 177; *J. Pal.*, 1876, p. 406).

une part à prélever sur les bénéfices qui pourront être réalisés, nous sommes en présence de cet avantage particulier que la loi a précisément en vue. La convention alors implique une dérogation à ce principe de l'égalité, qui est la première condition du contrat. Et sous quelque forme que l'avantage soit fait à l'associé, la cause en devra nécessairement être soumise à la vérification et à l'approbation des actionnaires : participation de tant pour cent dans les bénéfices, prélèvement d'une somme à payer soit en argent, soit en actions libérées, prime, gratification, la nécessité sera la même dans tous les cas, par cela seul qu'il y a un associé qui prend sur le fond commun une fraction soustraite au partage. Nous n'excepterions même pas les droits de présence attribués aux membres du conseil de surveillance et aux membres du conseil d'administration dans les sociétés anonymes. Ce sont aussi là des avantages particuliers dans le sens de l'art. 4 ; la somme que ces droits représentent est nécessairement à prélever sur les bénéfices, et bien qu'on puisse n'être pas fixé, au moment où la société se constitue, sur les personnes qui auront à y prétendre, il reste toujours certain que la société en devra subir la charge. Pourquoi donc les associés, qui en souffriront le prélèvement avant tout partage, ne seraient-ils pas appelés à vérifier, à apprécier par eux-mêmes, et à se prononcer tant sur ces droits mêmes que sur l'importance ou la mesure qu'il convient de leur donner? (1)

976. A plus forte raison n'excepterions-nous pas les avantages qui, sous forme de participation proportionnelle dans les bénéfices ou autrement, sont fréquemment stipulés à leur profit par les fondateurs ou les gérants de la société. Cela a été mis en question sous l'empire de la loi de 1856, dont les termes, sur le point dont nous nous occupons, sont littéralement reproduits, on le sait, dans celle qui régit actuellement les sociétés par actions. On disait alors que, le texte même tenant pour avantage particulier la stipulation faite à son profit *par un associé,* il n'était pas possible de considérer comme tel l'avantage stipulé au profit de celui qui, avec cette qualité d'associé, cumule l'exercice de fonctions administratives dans la société. Mais la jurisprudence s'était prononcée contre cette distinction par des considérations qui n'ont rien perdu de leur force et de leur vérité sous l'empire de la loi actuelle. La distinction, disait notamment la Cour de Bordeaux, est tout à fait arbitraire. Pour l'admettre, il faudrait aller jusqu'à dire que le gérant qui, comme tel, est doté de bénéfices considérables, absorbe en lui l'associé au point de le faire disparaître. Or il n'en est rien. Indépendamment de sa gérance, il a, comme souscripteur d'actions, le droit de prendre part et de voter aux assemblées d'actionnaires. Ainsi, les deux titres sont, en lui, coexistants et indivisibles ; on ne saurait donc les isoler ni les séparer dans l'appréciation des avantages conférés à celui qui les réunit (2). A la vérité, l'arrêt de la Cour de Bordeaux a été

(1) Voy. cependant M. Vavasseur (*loi de 1867*, n° 70).
(2) Voy. Bordeaux, 20 nov. 1865 (Dall., 67, 2, 7 ; *J. Pal.*, 1866, p. 479 ; S.-V., 66

cassé. Mais c'est par un moyen touchant à une question de compétence que nous discutons plus loin (*infrà*, n° 981), et qui est complétement étranger au point dont il s'agit ici. La décision de la Cour de Bordeaux subsiste donc sur ce point. Et il faut l'admettre d'autant plus que ce qui a été surtout dans les prévisions de la loi, c'est précisément le fait des fondateurs qui, sous ce prétexte d'une gérance qu'ils avaient le soin de se réserver et qu'ils imposaient en quelque sorte à la société en s'instituant gérants de leur seule autorité, s'attribuaient des avantages sans proportion aucune avec les services promis. C'est principalement cet abus que le législateur a voulu prévenir et réprimer. Et dès lors on peut dire qu'interrogée dans sa pensée même, dans son esprit, la loi comprend par *à fortiori*, dans ses termes, les stipulations avantageuses faites à leur profit par les fondateurs ou les gérants de la société.

Toutefois, nous n'entendons parler ici que de l'émolument éventuel qui, sous forme de prélèvement dans les bénéfices, d'indemnité de logement, de frais de bureaux, etc., serait attribué au gérant en sus du traitement fixe qui habituellement lui est alloué. Quant à ce traitement fixe, il ne constitue pas un avantage particulier dans le sens de l'art. 4 de la loi. C'est une convention sociale qui a sa cause et sa justification dans les fonctions dont le gérant est investi et dans les responsabilités attachées à sa gestion. Sur ce fondement repose la jurisprudence d'après laquelle il y a lieu, en matière fiscale, de considérer comme une disposition dépendante ne donnant ouverture à aucun droit particulier d'enregistrement la clause de l'acte de société qui attribue au gérant, en cette qualité, une rétribution fixe à prendre avant partage des bénéfices (1). Concluons donc que le législateur n'a pas eu en vue, dans la disposition de l'art. 4, cette rémunération fixe, représentation pure et simple des soins et du temps que le gérant va donner à l'affaire commune. Ajoutons, au surplus, que le traitement du gérant n'est pas nécessairement fixé dans les statuts constitutifs de la société, et qu'en fait, bien souvent les statuts se bornent à poser le principe, laissant au conseil de surveillance le soin de déterminer le chiffre.

977. Un associé, concessionnaire de travaux ou d'entreprises importantes, abandonne sa concession à la société en formation, et, sans stipuler rien à son profit, il se décharge purement et simplement sur la société de l'obligation de pourvoir aux avances et à tous les frais de l'entreprise. Y a-t-il là un avantage particulier tombant sous l'application de l'art. 4? La raison de douter, c'est qu'en réalité et au fond des choses cet abandon profite à l'associé. Supposons qu'il s'agisse, par exemple, de la concession d'un chemin de fer. Le concessionnaire qui

2, 119). *Conf.* MM. Romiguière (n° 42); Rivière (n° 52); Beudant (*op. cit.*, p. 137); Mathieu et Bourguignat (n° 40); Alauzet (n° 457); Bédarride (n°s 103 et suiv.); Beslay et Lauras (n°s 404 et suiv.); Vavasseur (n° 70).

(1) Cass., 29 nov. 1869 et 17 août 1870 (*J. Pal.*, 1870, p. 308 et 436; S.-V., 70, 1, 137 et 435; Dall., 70, 1, [illegible] 71, 1, 150) : sur le renvoi, Trib. de Versailles, 19 déc. 1871 (S.-V., 72, 2, 315; *J. P.*, 1872, p. 1222). *Junge :* Trib. sup. de comm. de Leipzig, f. f. de C. de cass. pour l'Alsace-Lorraine, 1er mai 1874 (Dall., 75, 2, 155). — Voy. cependant Trib. de la Seine, 27 janv. 1872 (Dall., 72, 3, 95).

l'a acceptée a par cela même contracté des engagements multiples. D'abord, il s'est obligé non-seulement à exécuter tous les travaux nécessaires pour que la voie soit mise en état d'être exploitée, mais encore à entretenir le chemin et ses dépendances en bon état pendant la durée de la concession. Ensuite, il s'est obligé, le chemin une fois construit, à l'exploiter dans les conditions déterminées par le cahier des charges. Or tout cela nécessite des travaux importants, des dépenses considérables. Le concessionnaire trouve donc un avantage dans la stipulation par laquelle il s'affranchit, en abandonnant la concession à la société, de l'obligation de pourvoir à ces dépenses et de faire exécuter ces travaux.

Nous croyons, cependant, qu'il n'y aurait là ni l'apport en nature, ni l'avantage particulier dont la valeur ou la cause doivent être approuvés par l'assemblée générale.

D'une part, l'apport, sujet à vérification d'après l'art. 4, s'entend de la promesse ou de la cession faite à la société en formation, *moyennant une somme ou un prix représentant la valeur de la chose promise ou cédée* (*suprà,* n° 964). Or l'abandon est tout gratuit dans notre espèce: l'associé concessionnaire abandonne sa concession sans que la société en faveur de laquelle il s'en dessaisit ait un équivalent à lui fournir ou à lui payer. Sans doute, elle aura à supporter des charges qui auraient pesé sur ce dernier s'il eût retenu la concession. Mais ce sont des charges inhérentes à la chose que reçoit la société, des charges qui, par cela même, laissent à l'abandon son caractère de gratuité. Et si la société les supporte, c'est que, substituée au concessionnaire et appelée désormais à recueillir les profits et les produits de l'entreprise, il est juste et naturel qu'elle en fasse les frais.

D'une autre part, l'avantage particulier que la loi a en vue s'entend de la stipulation *faite à son profit* par un associé, de la stipulation à la faveur de laquelle un associé entend s'assurer, par voie de prélèvement ou de toute autre manière, une part dans les bénéfices supérieure à celle qu'y pourront prendre ses coassociés. Or il n'y a rien de semblable dans notre espèce. L'associé qui fait l'abandon de la concession à la société ne stipule rien pour lui; il livre l'entreprise à la société, et admet parfaitement qu'elle soit exploitée dans l'intérêt commun et que les bénéfices qui en pourront résulter soient répartis également entre tous. Le principe de l'égalité n'est donc atteint en aucune manière.

En définitive, donc, la situation ne présente aucun des dangers en prévision desquels sont établies les mesures édictées par la loi. Que, dans l'hypothèse donnée, les associés se préoccupent du point de savoir s'il y a intérêt pour eux à accepter le présent qu'un des leurs veut leur faire; que, spécialement, ils cherchent à pressentir si, en raison des ressources que fournira le chemin concédé, ils trouveront dans les droits de péage et de transport à percevoir pendant toute la durée de la concession une indemnité suffisante à couvrir et au delà les avances qu'ils auront dû faire, la prudence le commande. Mais d'une appréciation et d'une approbation préalables, dans les termes de l'art. 4, il

n'en saurait être question, au moins comme d'une nécessité légale, puisque, encore une fois, ce n'est pas d'un avantage particulier dans le sens de cet article qu'il s'agit dans cette hypothèse. Et ce n'est pas parce que ces formalités auraient été omises que la société pourrait être considérée comme non valablement constituée.

978. Au contraire, serait sujet à approbation l'avantage accordé, non pas à un seul associé, mais à une classe particulière d'actionnaires ou d'associés. Pris dans ses termes, l'art. 4 semblerait n'aller pas jusque-là. « Lorsqu'*un associé,* y est-il dit, *stipule à son profit* des avantages particuliers, etc... » Mais il faut s'attacher avant tout à l'esprit de la loi. L'art. 4 statue en vue de la stipulation dérogeant au principe de l'égalité, qui doit être la loi commune dans cette matière de la société. Il comprend donc toute stipulation qui fait échec à ce principe. Or il est bien certain que favoriser une classe spéciale d'associés, c'est diminuer d'autant la part de ceux qui n'y sont pas compris. C'est donc établir l'inégalité, et, par conséquent, créer la situation même en vue de laquelle le législateur exige l'examen préalable et l'approbation des parties intéressées (1).

979. Mais au moins faut-il que la stipulation, qu'elle soit faite au profit d'un seul ou de plusieurs associés, ait le caractère d'un *avantage particulier.* Si la stipulation était telle que tous les associés pussent prétendre à en obtenir le bénéfice, elle ne constituerait évidemment pas l'*avantage particulier* dont la cause doit être préalablement approuvée par l'assemblée générale des actionnaires. Par exemple, il est stipulé, dans des statuts, que les actionnaires n'auront à verser qu'après un certain délai la seconde moitié de l'apport, mais pourtant que ceux qui verseraient l'intégralité de leur mise dans le mois de la constitution de la société toucheront, à titre d'avantage, le dividende des actions tous les trois mois au lieu de les recevoir par semestre : c'est là, disent justement MM. Beslay et Lauras, une stipulation qui ne constitue pas un avantage particulier dans le sens de l'art. 4 (2). En effet, elle n'est en aucune façon onéreuse pour la société, et elle ne crée de situation privilégiée pour aucun associé, l'avantage prétendu étant proposé à tous, et chacun, s'il le veut, pouvant se l'assurer en remplissant la condition sous laquelle il est offert.

980. Il en faut dire autant des arrangements ou des avantages qui seraient convenus au cours de la société. Il en est des avantages particuliers comme des apports ne consistant pas en numéraire (*suprà,* n° 966) : les précautions de la loi sont établies seulement en vue de ceux qui sont stipulés au commencement et même avant la constitution de la société. La loi de 1856 le disait en quelque sorte, puisqu'elle visait spécialement le cas où un associé, « *dans une société* en commandite par actions, » stipulait à son profit des avantages particuliers (article 4). La loi de 1867, bien qu'elle ne le dise pas en termes explicites,

(1) Voy. MM. Beslay et Lauras (n° 402).
(2) MM. Beslay et Lauras (n° 403).

ne statue pas moins en vue uniquement des avantages particuliers prévus au début de l'affaire et stipulés dans les statuts de la société. Les précautions prises par la loi, a dit la commission du Corps législatif, « font de la souscription des actions une adhésion purement conditionnelle aux statuts, et placent dans la double assemblée prescrite pour l'appréciation des apports et des avantages le consentement vraiment éclairé et définitif des actionnaires. » (1) Cela montre clairement qu'il n'y a d'avantages soumis aux appréciations et approbations spéciales dont l'art. 4 fixe le mode et les conditions que ceux qui ont un caractère statutaire, qui ont été prévus au début et déterminés dans l'acte de société. La loi, comme nous l'avons fait remarquer en nous occupant des apports (*loc. cit.*), vient en aide aux sociétés en formation; ce n'est pas pour subvenir aux sociétés constituées et en plein exercice que sont édictées les dispositions de l'art. 4. Si donc il arrivait que des gratifications, par exemple, ou des rémunérations sous une forme quelconque fussent allouées à un associé à raison de services rendus à la société, il y aurait là, non point un avantage particulier soumis aux approbations spéciales exigées par l'art. 4, mais simplement un acte en tout semblable aux autres opérations de la société, et pour lequel suffirait soit le contrôle du conseil de surveillance, soit la décision d'une assemblée ordinaire (2).

981. Par tout ce qui précède, on voit qu'en l'absence d'une définition légale, on peut mettre en question le point de savoir si une stipulation des statuts au profit de tel ou tel associé contient l'avantage particulier dont, aux termes de l'art. 4, la cause doit être préalablement appréciée pour que la société puisse être constituée définitivement. Mais comment la question sera-t-elle résolue, ou plutôt à qui appartient-il de la résoudre? Un arrêt, déjà cité, de la Cour de Bordeaux, décide que les assemblées générales organisées suivant le mode fixé par l'art. 4 sont seules compétentes à cet égard, et qu'il n'appartient qu'à elles d'apprécier soit l'étendue, soit la nature même des avantages particuliers stipulés au profit d'un associé (3). Nous ne saurions admettre la solution dans ces termes absolus. Sans doute, les assemblées générales ont un droit souverain d'appréciation par rapport à la mesure ou à l'étendue des avantages stipulés à son profit par un associé; et bien évidemment, lorsqu'elles ont pris le parti soit d'approuver, soit de repousser la stipulation, soit de la modifier, leur décision est souveraine et ne saurait, à aucun titre, être revisée par les tribunaux. Mais c'est tout autre chose quand il s'agit du caractère même de la stipulation, spécialement du point de savoir si ou non elle constitue un avantage particulier dans le sens de l'art. 4. C'est la convention, alors, qu'il faut définir; et s'il y a dissentiment entre l'associé prétendant que la stipulation n'est pas de celles dont la loi entend que la cause soit préalable-

(1) Rapport de M. Mathieu (Tripier, t. I, p. 116).
(2) Voy. M. Beudant (*Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 138).
(3) Voy. l'arrêt de Bordeaux du 20 nov. 1865, cité sous le n° 976. Voy., dans ce sens, M. Rivière (*loi de 1867*, n° 53).

ment approuvée, et la société soutenant le contraire, c'est un débat qui s'élève; la question est contentieuse, et la solution en appartient aux tribunaux, suivant les règles du droit commun, auxquelles la loi de 1867 n'a nullement dérogé en ce point. Ainsi a décidé la Cour suprême par cassation de l'arrêt précité de la Cour de Bordeaux (1).

Ainsi fixés sur ce qui constitue les apports et les avantages particuliers que la loi, sans les définir, soumet aux mesures de vérification et d'appréciation exigées par l'art. 4, arrivons à l'explication du texte même de cet article.

V. — 982. Il est tout d'abord à noter que le droit de vérifier et d'apprécier la valeur des apports ne consiste pas en numéraire, et la cause des avantages particuliers est conférée à tous ceux qui par leur souscription adhèrent aux statuts de la société en formation. Il résulte très-nettement, en effet, du paragraphe premier de l'art. 4, que c'est à *tous les souscripteurs* réunis en assemblée générale qu'est remis le soin de procéder à ces vérifications et approbations.

983. Ainsi, on ne tiendra pas compte, en ce cas spécial, de la clause des statuts par laquelle les associés porteurs d'un nombre d'actions inférieur à une quantité déterminée ne seraient pas admis aux assemblées générales. Cette clause, qu'il n'est pas rare de trouver dans les statuts sociaux, pourra bien et devra être prise pour règle dans la formation des assemblées qui, après la constitution de la société, doivent être réunies chaque année. Mais elle ne saurait être d'aucune valeur quand la société n'est pas constituée, et qu'ainsi les statuts, à l'état de simple projet, ne peuvent être encore ni appliqués, ni invoqués. La discussion de la loi de 1856 a été explicite dans ce sens. Le texte, disait-on, n'indique pas combien il faudrait avoir d'actions pour pouvoir assister aux assemblées, et trop souvent, dans ces réunions, un malheureux actionnaire isolé est opprimé par une majorité d'actionnaires qui se sont partagé un grand nombre d'actions. La commission répondit, par l'organe de l'un de ses membres, « que, dans l'art. 4, il s'agissait de la réunion préparatoire pour la vérification des apports, et qu'il était impossible *de n'y pas admettre tous les actionnaires, quelque peu considérable que fût le nombre des actions par eux souscrites.* » (2) La loi du 24 juillet 1867, rédigée sur ce point dans les mêmes termes que celle de 1856, ne saurait être entendue autrement. Tous les souscripteurs d'actions, tous ceux qui ont fait adhésion aux statuts fût-ce par la souscription d'une action unique, devront donc être admis aux assemblées spéciales dont l'art. 4 exige la réunion.

984. Mais s'ils y doivent tous être admis, comment et suivant quel mode y seront-ils convoqués? La loi n'en dit rien. Par cela même, le soin est laissé aux fondateurs d'aviser à cet égard. Il est assez habituel de régler, par les statuts sociaux, le mode de convocation des assem-

---

(1) Voy. Cass., 18 déc. 1867 (Dall., 67, 1, 474; S.-V., 68, 1, 145; *J. Pal.*, 1868, p. 353). Voy. aussi MM. Alauzet (n° 457); Lombard (p. 89); Beslay et Lauras (n° 411).

(2) Voy. M. Tripier (*loi de 1856*, p. 92 et 93).

blées générales, et l'on peut dire que ce point est rarement abandonné à la discrétion des gérants. Le pacte social stipule ordinairement que les actionnaires seront appelés aux assemblées par la voie des journaux, spécialement par un avis inséré dans la feuille des annonces judiciaires ou dans telle ou telle autre feuille publique de la localité. Toutefois ce mode, même quand il est fixé par les statuts pour les assemblées générales, pourrait être considéré comme ne répondant pas suffisamment aux nécessités de la situation en vue de laquelle dispose l'art. 4, et il ne serait pas prudent de s'y tenir. « Les statuts, a-t-on dit justement, ne peuvent pas prescrire un mode de convocation pour les *assemblées préparatoires* dont il s'agit dans cet article, car ces statuts ne seront statuts qu'après les deux réunions; ils n'obligeront personne avant la délibération d'approbation d'estimation des apports. Au moment où ont lieu ces réunions, il n'y a pas de société constituée, il n'y a pas de règlement pour diriger sa marche et ses opérations, il n'y a que *des projets*. » D'où l'on a conclu que les associés fondateurs sont tenus de convoquer individuellement *à domicile* tous les souscripteurs dont les noms figurent sur l'état de souscription annexé à l'acte de société (1). Quelques auteurs admettraient même qu'au moins pour les sociétés peu nombreuses, les souscripteurs fussent convoqués *par acte d'huissier* (2). Sans aller précisément jusque-là, sans croire, du moins, à la nécessité d'un acte extrajudiciaire, nous comprendrions que les souscripteurs fussent appelés, par lettres adressées à chacun d'eux personnellement, à ces assemblées préparatoires, où doivent être débattus et déterminés les éléments constitutifs de la future société. Le mode, d'ailleurs, serait aisément praticable, les titres étant nécessairement nominatifs dans la période où nous sommes maintenant placé; tous les souscripteurs sont donc ou peuvent être connus des fondateurs de la société. Nous reconnaissons toutefois qu'en l'absence d'une prescription précise de la loi, il serait difficile de considérer comme irrégulière et insuffisante *à priori* la convocation faite en une autre forme quelconque. En définitive, il faut que tous les souscripteurs soient appelés; c'est le vœu de la loi. Tout moyen propre à y satisfaire pourra donc être légitimé. Et les fondateurs ont un tel intérêt à faire aboutir l'affaire par eux engagée qu'on peut, sans grand danger, s'en remettre à eux du soin de convoquer les intéressés en la forme la meilleure et la plus sûre.

985. La convocation doit indiquer le lieu, le jour et l'heure de la réunion : ce sont là des indications nécessaires. Mais de l'intervalle à laisser entre la convocation et la réunion de l'assemblée, la loi ne dit rien non plus. Sur ce point encore, il faut bien, dans une certaine mesure tout au moins, s'en rapporter aux fondateurs, d'autant plus que le délai ne saurait être fixé d'une manière uniforme. Il ne peut pas être le même, évidemment, dans le cas où tous les souscripteurs sont présents ou rapprochés du siége social, et dans celui où ils seraient, au

(1) Voy. M. Foureix (p. 207 et 208).
(2) Voy. MM. Beslay et Lauras (n° 420).

contraire, disséminés et éloignés. Les fondateurs devront donc consulter l'état de souscription à ce point de vue et disposer les convocations de manière à donner à tout souscripteur qui voudrait prendre part aux délibérations de l'assemblée et y figurer en personne le temps nécessaire pour s'y rendre.

VI. — 986. La loi exige deux assemblées dont chacune a sa mission spéciale que nous aurons bientôt à préciser. Ces deux assemblées doivent être successives et distinctes. La loi du 23 juillet 1856 le voulait déjà ainsi, aux termes de son art. 4. Seulement, tout en impliquant la nécessité de deux assemblées successives, le texte ne contenait aucune indication quant à l'intervalle qui devait exister entre les deux. D'où naissait la question de savoir si les souscripteurs pouvaient être réunis deux fois dans la même journée. Le Tribunal de commerce de Lille, tenant pour la négative, avait prononcé la nullité d'une société comme constituée contrairement aux prescriptions de la loi, dans une espèce où les souscripteurs, réunis une première fois dans une assemblée close à onze heures du matin, avaient été réunis une seconde fois dans la même journée à une heure et demie de relevée. Mais, sur l'appel, la Cour de Douai avait infirmé la décision (1), et très-justement. Il résultait simplement du texte précité que l'assemblée devait se réunir deux fois; et comme la loi ne donnait aucune indication quant au délai qui devait s'écouler entre la première et la seconde assemblée, il n'y avait pas d'obstacle légal à ce qu'elles eussent lieu le même jour. Ce point aurait pu être contesté relativement à la vérification des apports dans les sociétés à responsabilité limitée organisées plus tard par la loi du 29 mai 1863. L'art. 5 exprimait, en effet, que la société ne serait « définitivement constituée qu'après l'approbation *dans une autre assemblée générale, après une nouvelle convocation.* » Et bien que matériellement il ne fût pas impossible de réunir deux fois les actionnaires dans la même journée sur convocations distinctes, on aurait pu soutenir, non sans grande apparence de raison, que le fait par le législateur d'avoir exigé une convocation nouvelle pour la seconde assemblée impliquait l'idée que cette seconde assemblée ne devait pas avoir lieu le même jour que la première. Quoi qu'il en soit, cela ne pourrait pas même être mis en question aujourd'hui. La loi de 1867, qui s'est substituée aux deux lois précédentes, ne s'est pas tenue dans les termes vagues de celle de 1856; elle ne s'est pas même arrêtée à la formule de la loi de 1863, tout en la reproduisant; elle a ajouté, dans une disposition spéciale, sur laquelle nous reviendrons bientôt, que la seconde assemblée ne pourra statuer qu'après un rapport qui devra être tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant sa réunion. La question est donc législativement tranchée. Et il est bien certain que les deux assemblées, nécessaires d'après l'art. 4, sont successives et ne pourraient plus avoir lieu le même jour.

987. Cet article a tranché du même coup une autre question qui

(1) Douai, 22 mai 1865 (S.-V., 66, 2, 13).

pouvait se produire sinon pour les sociétés à responsabilité limitée ré gies par la loi de 1863, au moins pour les commandites par actions su lesquelles statuait la loi de 1856. C'était une question de savoir, sou cette dernière loi, si les fondateurs pouvaient appeler les souscripteu aux deux assemblées par une convocation unique. La Cour de Douai devant laquelle ce point était discuté avec le précédent, disait, en s prononçant pour l'affirmative, qu'il importait peu qu'un souscripteu absent à la première réunion n'eût pas été de nouveau convoqué pou la seconde, si la convocation originaire l'appelait *à assister aux délibé rations relatives à la constitution définitive de la société*. Mais si, dan le silence de la loi de 1856, cette manière de procéder pouvait êtr admise sous l'empire de cette loi, il n'en saurait être de même aujour d'hui. La disposition ci-dessus reproduite de l'art. 4 de la loi de 186; est précise et positive. Elle établit nettement que chacune des deux as semblées doit être réunie sur convocation spéciale. Le fait de les réuni par une convocation unique constituerait donc une irrégularité.

Nous avons maintenant à nous occuper du rôle des deux assemblées, de leur mode de procéder, et des conséquences de leurs délibérations.

VII. — 988. En exigeant la réunion de deux assemblées successives pour vérifier les apports et les avantages et les approuver s'il y a lieu, le législateur a entendu que chacune de ces assemblées eût sa mission spéciale et déterminée. La première, dit l'art. 4, fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés; la seconde statue sur l'approbation de l'apport ou des avantages. Par où l'on voit que, dans la pensée de la loi, la première assemblée est purement préparatoire.

989. Ainsi, il ne lui appartiendrait pas de faire par elle-même, au moins d'une manière définitive, la vérification des apports ou des avantages stipulés, et encore moins de les approuver, sous prétexte qu'elle est suffisamment renseignée et que la réunion d'une seconde assemblée retarderait en pure perte la constitution de la société. Dans la pensée de la loi, ce retard est nécessaire pour que les associés soient protégés contre toute surprise et même contre leurs propres entraînements. On aurait voulu, a dit la commission du Corps législatif, ne pas imposer à la première assemblée générale, si elle est suffisamment éclairée, la perte de temps et d'argent d'une appréciation faite par des tiers de la valeur de l'apport ou de la cause des avantages stipulés. On aurait voulu surtout éviter la convocation d'une seconde assemblée générale, destinée à approuver l'appréciation prescrite par la première. Mais la réflexion a déterminé le maintien de ces restrictions salutaires. La loi s'est défiée des entraînements de la première heure. Il y a dans les sociétés, comme en d'autres associations, une lune de miel dont les ardeurs peuvent être dangereuses si elles ne sont pas contenues. Une première assemblée générale serait trop disposée, en général, là même où tous les éléments en seraient sincères, à tout accepter en aveugle. L'intervention d'une sorte d'expertise, la nécessité d'une convocation spéciale et de l'approbation d'une assemblée nouvelle, tout cela laisse aux esprits le temps de se calmer, à la vérité le moyen de se faire jour et d'éviter de regret-

tables méprises (1). Il est donc certain que la première assemblée ne doit rien résoudre définitivement par elle-même. Elle ne le pourrait faire qu'en sortant de son rôle; et dès lors la société, constituée contrairement aux prescriptions de l'art. 4 de la loi de 1867, serait sous le coup de la nullité édictée par l'art. 7.

990. Mais si cette première assemblée ne peut pas approuver les apports et les avantages, ni même en vérifier par elle-même définitivement la valeur ou la cause, il lui appartient au moins de préparer et de prescrire les mesures de vérification qu'elle juge nécessaires; et, dans cet ordre d'idées, elle a une pleine liberté d'action. La loi exprime que la première assemblée *fait apprécier* la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés, sans préciser ni limiter les mesures qu'elle devra ou pourra prendre à cet effet. Les souscripteurs, réunis dans cette première assemblée, aviseront donc librement. Après avoir entendu les propositions soit des fondateurs, soit de ceux qui font à la société des apports autres qu'en numéraire ou stipulent des avantages à leur profit, ils se renseigneront, ils se concerteront entre eux pour la recherche des mesures les plus propres à éclairer l'assemblée qui devra être réunie ultérieurement, et, ces mesures arrêtées, ils en prescriront l'exécution. Cette exécution, d'ailleurs, ou le mode suivant lequel elle sera faite, n'est pas, non plus, réglé par la loi. Quelques auteurs paraissent croire que la première assemblée devrait nommer une commission qui serait chargée de recueillir les documents et renseignements nécessaires et de faire un rapport (2). Nous ne sommes pas de cet avis. Il est vrai que la loi de 1867, ajoutant aux prescriptions de celle de 1856, a exigé, comme nous le verrons bientôt à propos de la seconde assemblée, la rédaction et l'impression d'un rapport. Mais si cela suppose qu'une commission peut, en effet, être nommée par la première assemblée, cela n'implique en aucune façon l'idée que la nomination d'une commission soit obligatoire. Peut-être en aurait-on pu penser autrement si le Corps législatif s'était rangé à l'avis de l'un de ses membres, qui aurait voulu que la première assemblée désignât « trois personnes prises soit dans son sein, soit en dehors, et leur donnât la mission d'apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés, et que ces trois personnes fissent un rapport, lequel, signé d'elles, serait imprimé et tenu à la disposition de tous les actionnaires. » Mais la proposition a été repoussée précisément pour ne pas gêner la liberté de la première assemblée, pour ne pas l'astreindre à nommer trois appréciateurs, *si un seul lui paraissait suffisant* (3). Il s'induit nettement de là qu'on n'a pas entendu rendre nécessaire la nomination d'une commission, et qu'il a été dans la pensée du législateur de laisser la première assemblée entièrement libre non-seulement dans le choix des mesures qu'elle croit

(1) Voy. le rapport de M. Mathieu (Tripier, t. I, p. 115 et 116).
(2) Comp. MM. Beudant (*Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 141); Beslay et Lauras (n° 424).
(3) Voy. l'amendement proposé par M. de Saint-Paul et la réponse de M. Mathieu, rapporteur (Tripier, p. 230).

bon ou utile de prendre, mais aussi quant au mode d'exécution de ces mesures.

991. Il suit de là que l'assemblée pourra, si elle le juge à propos, dire qu'il sera procédé par experts aux vérifications et appréciations. L'expertise était même indiquée comme obligatoire, en 1856, dans le projet primitif de la commission du Corps législatif. D'après ce projet, l'assemblée aurait dû nommer une commission de contrôle, composée de trois membres, et adjoindre à cette commission un ou plusieurs experts étrangers à la société, nommés, à la requête de la partie la plus diligente, par le président du Tribunal civil. Mais le conseil d'État refusa d'admettre cette disposition dans laquelle il voyait des formes trop arrêtées de vérification (1). Et, par suite, la rédaction de la loi fut ramenée à cette formule générale et compréhensive : l'assemblée générale *fait vérifier et apprécier la valeur*, etc. Or la formule est à peu près la même dans la loi de 1867 : la première assemblée, est-il dit au § 1er de l'art. 4, *fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés*. On peut donc conclure aujourd'hui, comme sous la loi de 1856, qu'il en est de l'expertise comme de la nomination d'une commission : c'est un mode de vérification qui n'est pas obligatoire, mais qui reste à la disposition de l'assemblée. Et dans telles ou telles circonstances, c'est le mode auquel l'assemblée s'arrêtera sans doute de préférence, l'expertise, eu égard à la nature de certains apports, étant le moyen le meilleur et le plus sûr peut-être d'en vérifier et apprécier la valeur. Ajoutons seulement que précisément parce que l'expertise n'a pas le caractère que lui donnait le projet primitif de la commission législative de 1856, parce qu'elle est ordonnée par les parties elles-mêmes et non par la loi, en un mot parce qu'elle est amiable et facultative et non pas obligatoire ou judiciaire, les experts ne seraient pas assujettis à prêter serment (2).

992. Au point de vue de la constitution de la société, la mission de la seconde assemblée est plus importante, et son action est bien autrement décisive. La seconde assemblée est appelée à rendre la décision dont la première a fait préparer et rassembler les éléments. Elle doit, en effet, *statuer* sur la valeur des apports et sur la cause des avantages stipulés, par conséquent approuver et admettre ou rejeter les propositions relatives à ces apports et à ces avantages. Et comme la société ne peut être définitivement constituée, d'après le deuxième paragraphe de l'art. 4, qu'après l'approbation des apports ou des avantages, il s'ensuit qu'il appartient à cette seconde assemblée de permettre ou d'empêcher que la société arrive à se constituer. Aussi la loi n'a-t-elle pas voulu lui laisser la même latitude, la même liberté d'action qu'à la première assemblée. Aux termes du troisième paragraphe de l'art. 4, elle ne peut statuer qu'après un rapport qui doit être imprimé et tenu à la

(1) Voy. M. Tripier (*loi de 1856*, p. 52 et 53).
(2) C'est la juste remarque de M. Beudant (*loc. cit.*, à la note).

disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée. La loi de 1867 a innové en ce dernier point. Celle de 1856 avait déjà subordonné la constitution définitive de la société à l'approbation, par l'assemblée, des apports dont la vérification et l'appréciation avaient dû être prescrites dans une première réunion. Mais elle s'était abstenue de toute réglementation. Le législateur de 1867 a cru devoir aller plus loin. Et pour que l'attention des souscripteurs ne soit pas détournée de l'objet sur lequel ils sont appelés à délibérer, il a entendu que, préalablement à toute discussion, un rapport leur serait soumis.

993. Cela même supplée au silence de la loi qui, en exigeant un rapport, ne précise rien quant à l'objet même et au contenu de cet acte dont elle impose la rédaction. La première assemblée générale a dû faire apprécier la valeur des apports et la cause des avantages particuliers; la seconde est appelée à statuer sur l'approbation : le rapport à soumettre à cette dernière assemblée doit donc être le résumé ou le compte rendu des travaux de vérification et d'appréciation faits pour mettre les souscripteurs réunis en mesure de délibérer et de se prononcer. Par exemple, un associé fait à la société apport d'une concession de travaux, ou d'une invention brevetée, etc... Le rapport fixera les souscripteurs sur le traité de concession, sur les droits de l'inventeur à la propriété privative, sur le caractère et la régularité des titres, etc. En outre de ces particularités touchant toutes à la *vérification* même de la chose apportée, comme le rapport doit contenir aussi l'appréciation de cette chose, il s'expliquera sur sa valeur et spécialement sur les opérations et les calculs qui ont été faits pour arriver à reconnaître si elle vaut réellement le prix pour lequel elle est proposée à la société.

994. Il n'est pas dit non plus par qui le rapporteur doit être nommé. Mais ici encore, la raison supplée au silence de la loi. C'est la première assemblée générale qui a mission de faire apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. C'est donc à elle qu'il appartient de nommer le rapporteur. Toutefois, cela ne saurait être posé en thèse absolue. Nous avons vu plus haut que cette assemblée, si elle ne doit pas nécessairement, peut au moins facultativement instituer une commission de contrôle, composée de membres pris dans son sein ou en dehors, et la charger de procéder aux vérification et appréciation. Or, si l'assemblée a recours à cette mesure, le soin de faire le rapport pourrait être abandonné par la commission à celui de ses membres, ou à telle personne, expert ou autre, qu'elle désignerait elle-même. Il ne serait pas nécessaire que la nomination fût faite par l'assemblée même en ce cas; ou du moins, en l'absence d'une prescription formelle dans la loi, on ne saurait attaquer la nomination comme irrégulière, sous prétexte qu'elle n'émanerait pas des souscripteurs réunis en assemblée. Quelques auteurs estiment même que, dans le silence de la loi, le rapporteur pourrait valablement être désigné par le *gérant,* si l'assemblée s'en était remise, *même tacitement,* à ce dernier du soin de faire faire le

rapport exigé par l'art. 4 (1). Certes, on ne peut pas dire qu'une telle manière de procéder serait contraire aux dispositions de la loi, puisque, encore une fois, la loi est muette sur ce point; mais assurément elle ne serait rien moins que satisfaisante, ces auteurs le reconnaissent eux-mêmes. Et, pour notre part, nous ne saurions l'approuver.

995. Le législateur ne s'en est pas tenu à prescrire qu'un rapport serait fait à la seconde assemblée au moment où elle est réunie pour statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages. Il a voulu que le rapport fût, non-seulement *rédigé*, mais encore imprimé, et tenu à la disposition de tous les souscripteurs cinq jours au moins avant la réunion de la seconde assemblée. C'est la disposition formelle de l'art. 4. Par ce moyen, l'exactitude et la sincérité du rapport sont mieux garantis, et en même temps chaque souscripteur est mis en mesure de s'édifier par lui-même avant de se rendre à la réunion dans laquelle sera débattu en commun l'un des points les plus importants pour l'avenir de la société.

996. Mais l'art. 4 ne dit pas, expressément du moins, comment le rapport devra être communiqué aux souscripteurs. Le mode le meilleur, le rapport devant être nécessairement imprimé, serait d'en adresser un exemplaire à chacun des souscripteurs, avec la lettre de convocation à la seconde assemblée (*suprà*, n° 984). Ce mode, d'ailleurs, serait d'une réalisation facile, les actions étant toutes nominatives *dans* cette période préliminaire. Il ne paraît pas, cependant, qu'il ait été dans la pensée du législateur. La loi dit que le rapport *sera tenu à la disposition* des actionnaires. Et le rapporteur de la commission législative, expliquant l'objet et le but de cette mesure, ajoute « qu'en elle-même, elle est identique à celles prescrites par les art. 12 et 35 du projet. » (2) Or ces deux articles expriment « que tout actionnaire (soit en commandite, soit en société anonyme) *peut prendre, au siége social,* communication du bilan et des inventaires. » C'est donc à dire que, dans la pensée de la loi, il suffit que le rapport soit déposé, sinon au siége social, la société n'étant pas encore constituée, au moins dans un lieu déterminé, où il sera tenu à la disposition des souscripteurs. Mais ce sera alors un devoir pour les fondateurs ou pour les gérants de faire connaître le lieu du dépôt; sans quoi, il est vrai de dire qu'il ne serait et ne pourrait pas être satisfait à la prescription de la loi (3).

997. La rédaction du rapport est obligatoire, de même que son impression et sa communication aux souscripteurs. Mais il n'en faudrait pas induire que les conclusions du rapport s'imposent aux souscripteurs et à l'assemblée. Appelée à statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages, la seconde assemblée générale ne saurait être liée par les appréciations du rapporteur. Il appartient à chacun de ses membres de

---

(1) Voy. MM. Beslay et Lauras (n° 437).
(2) Voy. M. Tripier (*loi de 1867*, t. I, p. 231).
(3) *Comp.* MM. Beslay et Lauras (n°s 433 et suiv.); Mathieu et Bourguignat (n° 44); Bédarride (n° 106).

discuter les avis qui lui sont soumis; c'est pour cela précisément que chacun d'eux doit être mis en mesure de prendre au préalable communication du rapport. La loi entend que la discussion en commun s'ouvre sur un rapport qui résume l'état des choses et le précise; mais elle laisse aux souscripteurs la faculté de s'éclairer respectivement par la discussion, et à l'assemblée le droit de substituer ses propres appréciations à celles du rapporteur.

998. En toute hypothèse, procès-verbal doit être dressé de la délibération de l'assemblée. Il résulte même d'un arrêt de la Cour de Lyon qu'une délibération d'actionnaires prise en assemblée générale doit être tenue non pas seulement pour nulle, mais pour inexistante, si elle n'est revêtue d'aucune signature; et que ce vice radical ne saurait être effacé ni par les déclarations postérieures de ceux qui auraient dû signer, ni par des présomptions graves, précises et concordantes, appuyées d'un commencement de preuve par écrit (1). Il s'agissait, dans l'espèce, d'une assemblée d'actionnaires prise par une société constituée et fonctionnant. La solution, sur laquelle nous aurons à revenir dans le titre suivant, nous paraît néanmoins applicable aux délibérations préliminaires auxquelles se réfère l'art. 4 de la loi de 1867 (2). Et, sans y insister quant à présent, nous passons aux conditions spéciales exigées par cet article pour la validité de ces délibérations.

VIII. — 999. Ces conditions sont précisées dans les paragraphes 4 et 5 de l'article précité, lesquels sont la reproduction littérale, en cette partie, de la loi du 17-23 juillet 1856. Les délibérations, y est-il dit, sont prises par la majorité des actionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire. — Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative. Chacune de ces prescriptions comporte des observations particulières que nous présenterons bientôt. Il importe de s'expliquer auparavant sur quelques points touchant à la portée des dispositions de la loi et à la mesure dans laquelle elles doivent être appliquées.

1000. On peut se demander d'abord si les conditions du quart en nombre et en capital sont communes aux délibérations des deux assemblées générales, de la première qui doit faire apprécier la valeur de l'apport et la cause des avantages stipulés, aussi bien que de la seconde à laquelle il appartient de statuer sur l'approbation. L'affirmative, admise par plusieurs auteurs (3), peut paraître résulter du texte de la loi qui, après avoir indiqué successivement dans des paragraphes distincts la mission de chacune des deux assemblées, ajoute, dans un autre paragraphe, comme par forme de disposition générale, que « *les délibérations* sont prises à une majorité comprenant le quart des actionnaires et

---

(1) Lyon, 26 nov. 1863 (Dall., 64, 2, 233; S.-V., 64, 2, 202; *J. Pal.*, 1864, p. 951).
(2) Voy. M. Ameline (*Rev. prat.*, t. XXIV, p. 369).
(3) MM. Rivière (n° 43); Ameline (*loc. cit.*, p. 368); Mathieu et Bourguignat (n° 45).

représentant le quart du capital social en numéraire. » Telle n'a pas été cependant la pensée du législateur. « Il n'y a pas de vote dans la première assemblée », a-t-il été dit dans la discussion de la loi, à propos d'un amendement par lequel on demandait la représentation de la moitié du capital social dans la majorité. Et l'observation n'a pas été contredite; tout au contraire. « La première assemblée, a répondu la commission par l'organe de son rapporteur, fait apprécier l'apport, c'est-à-dire qu'elle nomme des estimateurs pris dans son sein ou en dehors parmi des personnes étrangères... *C'est la seconde assemblée seulement,* convoquée spécialement *ad hoc,* qui, après s'être éclairée, *votera d'une manière définitive* et en connaissance de cause sur l'évalution des apports en nature. » (1) Or cela montre que c'est seulement pour les délibérations de cette seconde assemblée que la loi a entendu exiger, comme condition nécessaire et sous la sanction de la nullité édictée par l'art. 7, une majorité comprenant le quart des actionnaires et représentant le quart du capital social en numéraire. C'est qu'en effet, il n'y a jusque-là rien que d'essentiellement préparatoire. La première assemblée n'a pas eu à voter; elle n'a pas délibéré, à vrai dire. Elle a eu simplement à prescrire telles ou telles mesures de vérification, à désigner telles ou telles personnes pour y procéder. A la seconde seule il appartient de prendre des résolutions définitives et obligatoires. Comment serait-il possible de les assimiler? Et comprendrait-on qu'après une approbation d'apports en nature ou d'avantages particuliers, donnée par la seconde assemblée dans les conditions voulues par la loi, la société, désormais constituée, fût néanmoins arrêtée dans ses opérations et frappée de nullité parce qu'il viendrait à être reconnu que, pour indiquer telles ou telles mesures de vérification, la première assemblée n'avait pas réuni la majorité soit en nombre, soit en sommes, exigée par l'art. 4? Cela n'est pas admissible. Tout, dans la discussion de la loi, atteste que c'est seulement pour la seconde assemblée que l'existence de cette majorité est une condition nécessaire. Et on ne peut même pas dire que le texte soit contraire. Car s'il exprime, au pluriel, que « *les délibérations* sont prises, etc. », c'est que l'approbation de chaque apport en nature ou de chaque avantage stipulé doit faire l'objet d'une délibération spéciale, et qu'ainsi la seconde assemblée peut être appelée à prendre des délibérations multiples, puisqu'il peut être fait à la société plus d'un apport en nature, et que concurremment avec ces apports divers avantages particuliers peuvent être stipulés.

1001. Une autre question s'élève encore : celle de savoir ce qu'il adviendrait si les souscripteurs ne se présentaient pas à l'assemblée dans les conditions de nombre ou de capital imposées par la loi. A cet égard, il faut distinguer suivant qu'il s'agit de la société anonyme ou de la commandite par actions.

Le cas est prévu et réglé par la loi elle-même pour les sociétés anonymes. En ce qui concerne ces sociétés, l'assemblée, appelée à statuer

(1) Voy. la discussion dans le Commentaire de M. Tripier (t. I, p. 495).

sur la vérification des apports, doit être composée d'un nombre d'actionnaires représentant la *moitié* au moins du capital social. C'est la disposition formelle de l'art. 30 de la loi de 1867, qui, en cela, reproduit et maintient une des dispositions de l'art. 14 de la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée. Seulement, plus prévoyant que le législateur de 1863, celui de 1867 a pensé que les souscripteurs pourraient ne pas répondre à l'appel en nombre suffisant, et, dans cette prévision, il a dit, dans un paragraphe spécial de l'art. 30 : « Si l'assemblée générale ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social, elle ne peut prendre qu'une délibération provisoire. Dans ce cas, une nouvelle assemblée générale est convoquée. Deux avis, publiés à huit jours d'intervalle, dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires adoptées par la première assemblée, et ces résolutions deviennent définitives si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée, composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social. » — Ainsi, pour les sociétés anonymes, le fait que les souscripteurs ne se sont pas présentés en nombre suffisant pour représenter la moitié du capital social n'impliquera pas par lui-même un refus d'adhésion, et n'entraînera pas l'*avortement* ou l'abandon de l'affaire. Les souscripteurs devront être *convoqués* à nouveau; et l'assemblée nouvelle délibérera valablement *si elle* est composée d'un nombre de souscripteurs représentant cette fois, non plus la moitié, mais le cinquième au moins du capital social, en sorte que la société sera définitivement constituée si, ainsi composée, cette assemblée nouvelle approuve les résolutions provisoirement prises par la précédente assemblée.

Mais la loi ne dit rien de semblable en ce qui concerne la commandite par actions. L'art. 4, compris dans le titre relatif à ces sociétés, exprime uniquement que les délibérations sont prises à la majorité des actionnaires présents, et que cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire. La loi ne dit rien de plus; et comme elle ne s'explique pas sur le cas où l'assemblée ne réunirait pas un nombre d'actionnaires représentant le quart du capital social, il en faut conclure qu'elle n'autorise, pour les commandites, en ce cas, ni la convocation et la réunion d'une nouvelle assemblée, ni surtout la réduction de la fraction de capital dont la représentation est exigée. Aucun de ces moyens n'est donc à la disposition des parties.

La conclusion est certaine et, d'ailleurs, incontestée en ce qui concerne la réduction du capital; nul, en effet, en présence du texte qui exige une majorité représentant le quart du capital social, n'a imaginé de dire qu'il serait loisible aux parties d'abaisser ce taux et de déclarer qu'une délibération prise à une majorité représentant un cinquième du capital ou une fraction moindre serait valable et obligatoire.

La conclusion est également certaine, à notre avis, quoique cela soit

contesté par nombre d'auteurs (1), en ce qui concerne la convocation et la réunion d'une nouvelle assemblée. Vainement fait-on appel aux statuts qui, assez fréquemment, stipulent que, faute par les actionnaires de se présenter en nombre suffisant à une assemblée générale, il sera convoqué une nouvelle assemblée dont la délibération et le vote seront obligatoires. Vainement oppose-t-on qu'il serait trop dur, là où une assemblée nouvelle réunirait et au delà le nombre d'actions et la somme de capital exigés, de considérer la société comme annulée de fait, si ces conditions n'ont pas été réalisées sur une première convocation. Il s'agit ici d'une assemblée réellement *constituante,* pour laquelle la règle à suivre ne saurait être dans les statuts, dans les conventions du pacte social. Ces statuts, arrêtés comme la charte de la société après sa constitution, restent à l'état de projet tant que la société n'est pas constituée. On n'y saurait donc recourir, eussent-ils réglé le cas pour les assemblées ordinaires, et, à défaut, c'est à la loi qu'il faut se reporter pour ce qui concerne l'assemblée spéciale dont il s'agit ici. Or elle n'a pas autorisé, pour les commandites par actions, comme elle l'a permis pour les sociétés anonymes, la convocation d'une assemblée générale nouvelle pour le cas où les actionnaires ne se rendraient pas en nombre suffsant à la première assemblée. Elle a établi par là, entre les deux espèces de sociétés, une différence qui s'explique, d'ailleurs, par cette proportion du quart des actionnaires à laquelle elle réduit la majorité requise pour les délibérations de la société en commandite. Elle a supposé sans doute que lorsque, même sur le premier appel, l'abstention des actionnaires est telle que cette proportion ne peut pas être atteinte, il y a présomption suffisante de l'avortement de l'affaire projetée. Quoi qu'il en soit, rapproché de l'art. 30, l'art. 4 est décisif; et quelque rigoureuse que la conséquence puisse paraître, il résulte du silence gardé par ce dernier article, sur le point que le premier a jugé à propos de résoudre, qu'en matière de commandite par actions, la non-présence de souscripteurs en nombre suffisant à l'assemblée appelée à statuer sur l'approbation des apports et des avantages implique refus d'adhésion à l'entreprise. D'où il suit qu'il y a lieu, dans ce cas, non point de convoquer les souscripteurs à une nouvelle assemblée, mais de déclarer que la société ne peut pas être constituée (2).

1002. Ces points résolus, nous avons à étudier, en revenant au vote de l'assemblée, les règles et les conditions établies par la loi en ce qui concerne ce vote.

IX. — 1003. La loi exige d'abord que les délibérations soient prises « par la majorité des actionnaires présents. » C'est la première condition. Elle s'explique d'elle-même : c'est l'expression de la règle commune à toutes les assemblées délibérantes. Toutefois, un point est à préciser. M. Bravard a supposé que, la loi demandant la majorité « des

(1) Voy. MM. Alauzet (nº 461); Mathieu et Bourguignat (nº 46, à la note); Vavasseur (*loi de 1867*, nº 80); Romiguière (*loi de 1856*, nº 46); Ameline (*op. cit.*, p. 370).
(2) Voy. MM. Bédarride (nºs 108 et 109); Sourdat (*op. cit.*, p. 82).

actionnaires *présents* », il y a lieu d'induire de ce dernier mot que les fondés de pouvoirs ne sont pas admis dans ce cas (1). Et cette opinion, émise à l'occasion de la loi de 1856, peut trouver un certain appui dans la discussion de cette loi. On y voit, en effet, que le rapporteur de la commission, répondant à une interpellation sur laquelle nous reviendrons bientôt, fit remarquer que « le mot actionnaire *présent* », dans l'art. 4, voulait dire « personne *présente* et figurant au tableau qui doit être annexé à l'acte de société. » (2) Il est certain, cependant, que ni la loi de 1856, ni celle de 1867, dans laquelle la même expression est reproduite, n'ont entendu exiger la présence effective des souscripteurs et exclure la représentation par mandataire. Tout acte juridique peut, en principe, être l'objet d'un mandat : c'est le droit commun. Il n'y a d'exception, à vrai dire, que dans les cas, d'ailleurs très-rares dans notre législation, où une disposition expresse de la loi ordonne que l'acte soit fait par la personne même qu'il intéresse. Or tel n'est pas le caractère de la disposition par laquelle il est déclaré que les délibérations seront prises par la majorité des actionnaires présents. Car on est présent par son mandataire aussi bien que par soi-même dès que l'acte est de telle nature que le mandant peut être censé l'accomplir lui-même. *Qui mandat ipse fecisse videtur* (3). C'est bien le cas dans notre espèce. Aussi l'opinion émise par M. Bravard est-elle restée isolée. Tous les auteurs reconnaissent que la loi n'a nullement entendu enlever aux souscripteurs la faculté de se faire représenter à l'assemblée appelée à statuer sur l'approbation des apports ou des avantages (4). Et nous nous rangeons d'autant plus volontiers à cet avis, qu'en définitive cette faculté met tous les souscripteurs sur un pied d'égalité parfaite : ainsi, les plus éloignés du centre de l'affaire projetée peuvent assister, dans l'une des circonstances les plus importantes pour l'avenir de la société, à une assemblée qu'ils déserteraient peut-être pour ne pas subir les frais et les embarras d'un déplacement, s'ils étaient obligés de s'y rendre en personne.

1004. Donc, les délibérations doivent être prises par la majorité des actionnaires *présents,* par eux-mêmes ou par un fondé de pouvoirs muni d'une procuration spéciale. Ainsi, cent souscripteurs, présents ou représentés, concourent au vote ; l'approbation n'est pas acquise aux apports en nature ou aux avantages stipulés si, tout d'abord (et sauf les autres conditions du quart en nombre et en sommes, *infrà,* 1010 et suiv.), elle n'obtient pas la majorité absolue et non relative, c'est-à-dire 51 suffrages au moins. Par exemple, les propositions sont admises par 49 voix, elles sont rejetées par 30, et 21 votants se prononcent pour une réduction : l'approbation n'est pas acquise, bien qu'elle ait

---

(1) M. Bravard (*Expl. de la loi de 1856*, p. 35).
(2) Voy. les Observations de M. Langlais (Tripier, *loi de 1856*, p. 93 et 94).
(3) Voy. notre Traité-Comment. du Mandat (*Petits Contrats*, t. I, n°s 909 et suiv.).
(4) MM. Romiguière (n° 40); Rivière (n° 46); Vavasseur (n° 76); Ameline (*Rev. prat.*, t. XXIV, p. 370); Alauzet (n° 458); Beslay et Lauras (n° 455).

obtenu le plus grand nombre de suffrages, puisque ce nombre n'a pas atteint la majorité. Telle est la règle.

Toutefois, les parties en pourraient modifier l'application. Sans doute, il ne serait pas permis de convenir que la délibération prise à un nombre de voix inférieur à la moitié des souscripteurs présents ou représentés serait obligatoire. C'est de toute évidence, la loi demandant expressément la *majorité*. Mais rien ne s'opposerait à ce que les parties, d'accord entre elles, et fixant la mesure de cette majorité, la portassent à trois cinquièmes, par exemple. Une telle convention serait incontestablement valable. Et si elle existait dans notre hypothèse, où nous supposons l'assemblée composée de 100 souscripteurs, les avantages stipulés ou les apports en nature ne seraient approuvés qu'autant que l'approbation aurait obtenu 60 suffrages au moins.

1005. Quant à la manière de compter les voix, la loi, au moins en ce qui concerne les commandites par actions, a entendu établir l'égalité la plus absolue entre les souscripteurs présents ou représentés à l'assemblée. De même qu'ils doivent tous sans réserve aucune être appelés et admis aux assemblées constitutives (*suprà*, n° 983), de même chacun de ceux qui répondent à l'appel a sa voix, n'eût-il souscrit qu'une seule action, et n'en peut avoir qu'une, quel que soit le nombre des actions par lui souscrites. Chaque associé est là avec son droit personnel, qui est le même pour chacun et pour tous. C'est sur ce point précisément que portait, dans la discussion de la loi de 1856, l'interpellation à laquelle nous faisions allusion tout à l'heure (n° 1003). Par les termes dans lesquels la loi est rédigée, disait M. Chasseloup-Laubat, entend-on seulement la majorité des actionnaires présents, ou la majorité des actionnaires représentés? Avec la première interprétation, il serait facile de distribuer deux ou trois cents actions dans autant de mains, et de se procurer ainsi une majorité qui ferait la loi à des actionnaires représentant, quoique moins nombreux, la plus grande partie du capital social. La commission répondait que, par la rédaction donnée à la loi, elle avait entendu parler *des actionnaires présents* (1). C'était proclamer le droit individuel et égal de tous les souscripteurs. Telle est encore la règle sous la loi actuelle, dont la disposition, reproduction littérale de celle de 1856 sur le point qui nous occupe, a exactement la même signification et la même portée. Ainsi, on stipulerait vainement que le vote des souscripteurs serait proportionné au nombre des actions par eux souscrites : la stipulation serait en opposition avec le principe de la loi et devrait, comme telle, être réputée non avenue.

1006. Au moins en est-il ainsi en matière de commandite par actions. Le principe n'est plus le même dans les sociétés anonymes. Rarement les statuts de la société omettent de fixer le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder pour être admis aux assemblées générales, et en outre de déterminer le nombre de voix appartenant à chaque action-

(1) Voy. M. Tripier (*loi de 1856*, p. 93).

naire eu égard au nombre d'actions dont il est porteur. La loi sanctionne cette pratique, et il n'est pas douteux que les stipulations des statuts à cet égard doivent servir de règle pour les assemblées générales tenues par la société au cours de ses opérations : cela résulte nettement des premiers paragraphes de l'art. 27 de la loi de 1867.

En ce qui concerne les assemblées constitutives dont il s'agit ici, la loi tient compte aussi des stipulations des statuts, mais sur un point seulement, et encore dans une certaine mesure. Aux termes du dernier paragraphe du même article, « dans les assemblées générales appelées à vérifier les apports, à nommer les premiers administrateurs et à vérifier la sincérité de la déclaration des fondateurs..., tout actionnaire, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec le nombre de voix déterminé par les statuts, *sans qu'il puisse être supérieur à dix.* » Ainsi, en matière de société anonyme, un souscripteur peut bien avoir plus d'une voix, même dans les délibérations relatives à l'approbation des apports; mais, les statuts lui en donnassent-ils 30, 40 ou 50, eu égard au nombre de ses actions, il ne pourra pas prendre part à ces délibérations avec un nombre de voix supérieur à dix. Et, d'un autre côté, les stipulations des statuts touchant le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder pour être admis aux assemblées générales n'auront pas d'application à l'assemblée dont il s'agit ici. C'est une assemblée qui va statuer sur la constitution même de la société, une assemblée à laquelle sont appelés et doivent être admis tous les souscripteurs indistinctement, ceux qui n'ont qu'une action, comme ceux qui en ont un nombre plus ou moins considérable (*suprà,* n°s 982 et 983). Et par cela même qu'ils sont admis, tous, même ceux qui ne possèdent qu'une action, y ont voix délibérative. Sous ce dernier rapport, la société anonyme ne diffère pas de la commandite par actions.

1007. Par là est rendu sinon facile, au moins possible, l'abus signalé par M. Chasseloup-Laubat. Sans doute, au moment où se réunit l'assemblée constitutive, les actions sont toutes nécessairement nominatives et frappées d'indisponibilité au moins par les voies commerciales. Mais elles peuvent être cédées par les procédés du droit civil (*suprà,* n°s 901 et 902). Et il est certain qu'au moyen de cessions partielles, le souscripteur d'un grand nombre d'actions pourrait se créer une majorité en les distribuant à des personnes à sa dévotion. Toutefois, l'acte, s'il était frauduleux, tomberait sous l'application de l'art. 13 de la loi, qui punit d'une amende de 500 à 10000 francs, et même, facultativement, d'un emprisonnement de quinze jours à six mois « ceux qui, en se présentant comme propriétaires d'actions ou de coupons d'actions qui ne leur appartiennent pas, ont créé frauduleusement une majorité factice dans une assemblée générale, et ceux qui ont remis les actions pour en faire l'usage frauduleux », le tout sans préjudice de tous dommages-intérêts, s'il y a lieu, envers la société ou envers les tiers.

On s'est demandé s'il ne serait pas possible même de prévenir l'abus. Et, dans cette pensée, M. Duvergier déciderait volontiers que les actions

ne peuvent pas être transmises, même par les voies civiles, avant l'approbation par l'assemblée générale des apports en nature et des avantages particuliers, ou que du moins le droit ne peut être cédé que tel qu'il est, c'est-à-dire sans fractionnement possible (1). Toutefois, la solution n'est guère admissible. Si la loi prohibe la négociation des actions *par les voies commerciales* avant l'approbation des apports par l'assemblée générale (*suprà,* n° 907), il ne résulte d'aucune de ses dispositions que les actions ne puissent pas, dès leur émission même, être l'objet de *cessions civiles* régulières. La prohibition ne saurait donc être suppléée. Et, dès lors, il faut dire que, sauf l'application de l'art. 13, s'il y a lieu, tout porteur d'actions, souscripteur ou cessionnaire, fût-ce d'une seule action, a un droit personnel à figurer avec voix délibérative aux assemblées appelées à statuer sur l'approbation des apports et des avantages. Ceux-là seuls, d'après la loi, sont exceptés qui font à la société des apports en nature ou stipulent à leur profit des avantages particuliers.

1008. En effet, l'art. 4 déclare, par une disposition expresse, que les associés qui ont fait l'apport ou stipulé les avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative. Ils ont été écartés du vote approbatif pour que rien ne vicie le consentement définitif que les associés sont appelés à donner collectivement à la constitution de la société (2). Comment, d'ailleurs, y auraient-ils été admis? Ceux qui font à la société un apport en nature se constituent en quelque sorte vendeurs de la chose apportée (*supra,* n° 959). Il ne saurait donc leur appartenir *de statuer* dans un débat où ce qui est en question, c'est précisément le prix qu'ils ont mis à leur chose. Tout ce qu'ils peuvent prétendre, et la loi ne le leur refuse pas, c'est assister à la délibération, discuter même et fournir les explications susceptibles, à leur avis, de justifier leur proposition. Mais elle devait leur interdire de prendre part au vote; et elle le leur interdit en déclarant qu'ils n'ont pas voix délibérative.

La circonstance que le propriétaire des apports ou le bénéficiaire des avantages aurait reçu en représentation des actions libérées en tout ou en partie, ou même qu'il serait souscripteur d'actions en numéraire, serait absolument indifférente et n'en laisserait pas moins subsister l'interdiction. Dans la pensée de la loi, ceux-là seuls doivent être admis à voter dont le vote est entièrement désintéressé. Or, même lorsqu'il est porteur d'actions par lui souscrites, l'associé qui met dans la société des choses ou des valeurs sujettes à vérification n'est pas dans la condition voulue d'indépendance et de désintéressement. La qualité de souscripteur s'efface devant celle de propriétaire de l'apport ou de bénéficiaire des avantages soumis à l'appréciation de l'assemblée. Dès lors, la disposition prohibitive de la loi lui est opposable, d'après la généralité même de ses termes. Il ne saurait donc concourir à la délibération, ou

(1) M. Duvergier (*loi de 1856*, p. 340).
(2) Voy. le rapport de la commission (Tripier, t. I, p. 116).

tout au moins à la décision de l'assemblée appelée à faire cette appréciation (1).

1009. Ce n'est pas à dire pourtant qu'un associé, par cela seul qu'il fait des apports autres qu'en numéraire ou stipule des avantages particuliers, doive nécessairement être exclu du vote dans toutes délibérations ayant pour objet les vérifications, appréciations et approbations exigées par l'art. 4. Par exemple, Paul fait apport à une société en formation d'un matériel qu'il estime 50 000 francs, et Pierre lui apporte des marchandises dont il fixe le prix à 30 000 francs. Il est bien certain qu'ils n'auront pas voix délibérative, le premier dans la délibération de l'assemblée générale touchant l'appréciation et l'approbation de son apport en matériel, le second dans celle qui aura pour objet l'appréciation et l'approbation de l'apport des marchandises. Mais pourquoi chacun d'eux à son tour ne serait-il pas admis à délibérer et à voter dans la délibération relative à l'apport de l'autre? Pourquoi Paul n'aurait-il pas le droit de contrôler ce chiffre de 30 000 francs, auquel Pierre a fixé la valeur de ses marchandises? Pourquoi ce dernier ne pourrait-il pas, à son tour, concourir au contrôle de la somme de 50 000 francs, valeur prétendue du matériel dont Paul fait l'apport? On peut répondre, à la vérité, que, pris dans ses termes généraux, le texte semble avoir mis en présence les souscripteurs qui représentent le capital en numéraire et les actionnaires représentant le capital en nature, et avoir voulu exclure en masse et d'une manière absolue ces derniers du vote, entendant n'y appeler que les premiers. Toutefois, telle ne saurait être la pensée vraie du législateur. Ce qu'il a voulu, ce qu'il a dû vouloir, c'est exclure le concours ou la participation des associés aux délibérations de l'assemblée relatives à l'appréciation et à l'approbation de leurs propres apports ou des avantages stipulés à leur profit. Et la raison de l'exclusion ainsi limitée est manifeste et se déduit d'elle-même. On aperçoit là des intérêts opposés : l'intérêt collectif de la société, que la loi appelle à exercer un droit de contrôle, et l'intérêt individuel d'un associé, dont les déclarations et les évaluations constituent précisément l'objet sur lequel ce droit de contrôle va être exercé. Mais il n'y a rien de semblable dans le cas supposé. Loin d'être contraire à l'intérêt collectif de la société et des souscripteurs d'actions, l'intérêt de Paul est absolument le même lorsque l'assemblée générale statue sur l'approbation de l'apport fait par Pierre. Il y a alors un intérêt commun : celui de ne pas laisser la société se grever en acceptant pour la valeur déclarée de 30 000 francs des marchandises qui en vaudraient, par exemple, 20 000 ou moins peut-être. Rien ne s'oppose donc à ce que, nonobstant l'apport en nature qu'il fait lui-même, Paul concoure, comme et avec les souscripteurs d'actions, à la délibération ayant pour objet l'appréciation de ces marchandises. C'est assez qu'il soit écarté du vote quand l'assemblée générale statuera sur ses propres apports. Dans son esprit, sinon dans

(1) Voy. MM. Rivière (nº 47); Mathieu et Bourguignat (nº 45); Vavasseur (nº 77); Alauzet (nº 459). Ce dernier auteur cite comme conforme un arrêt de la Cour de Paris du 31 janvier 1866.

sa lettre, la disposition prohibitive de la loi ne saurait être considérée comme allant au delà.

1010. Lorsque les délibérations de l'assemblée sont prises par la majorité des actionnaires, présents ou représentés, ayant voix délibérative, la première des conditions nécessaires à leur régularité est remplie. Mais, nous l'avons indiqué déjà, cela ne suffit pas. L'art. 4 exige, en outre, comme seconde condition, que cette majorité comprenne le quart des actionnaires, et, de plus, comme troisième condition, qu'elle représente le quart du capital en numéraire.

Quant à la seconde condition, elle peut, par occurrence, se confondre avec la première. Les actionnaires qui votent ne comptant et ne pouvant compter que pour une voix, au moins en matière de commandite par actions (*suprà,* n°s 1005 et 1006), il n'est pas impossible que ceux qui répondent à la convocation se rendent à l'assemblée en nombre tel que la majorité obtenue, c'est-à-dire la moitié plus un, représente en même temps le quart de tous les actionnaires, présents ou absents. Par exemple, une société est composée au total de 56 actionnaires qui, tous, sont convoqués à l'assemblée générale pour statuer sur l'approbation des apports; 26 ou 27 répondent à l'appel. Si la décision réunit 14 voix, les deux premières conditions seront remplies du même coup, puisque les 14 voix obtenues représentent à la fois et la majorité des actionnaires présents et le quart de tous les actionnaires. — La vérité est cependant que la seconde condition se distingue profondément en réalité de la première. Ainsi, modifions l'hypothèse et supposons que des 56 actionnaires, tous admissibles à l'assemblée générale, 20 seulement s'y rendent et prennent part à la délibération et au vote. Si la loi s'en fût tenue à la première condition, il suffirait, pour la régularité de la délibération, qu'elle fût prise à 11 voix, c'est-à-dire par la moitié plus un des actionnaires présents. Mais la seconde condition étant que cette majorité doit comprendre le quart de tous les actionnaires que nous supposons au nombre de 56, il s'ensuit que, dans le cas donné, la délibération ne sera régulière et obligatoire qu'autant qu'elle aura été prise au moins par 14 des 20 votants.

1011. Du reste, tous les actionnaires, même ceux dont les apports en nature sont en délibération, comptent pour le calcul de ce quart. D'après le texte, la majorité doit comprendre le quart des actionnaires. Et comme il n'y a dans la loi ni précision ni réserve qui limite la portée de son expression, il faut conclure que tous les actionnaires, sans exception, doivent être comptés pour la supputation du quart, objet de la seconde condition.

1012. La troisième condition se distingue par son objet même des deux autres et ne saurait jamais être confondue avec elles : tandis que les premières sont relatives à la majorité en nombre, celle-ci a trait à la majorité en sommes. Il faut que la majorité requise pour la régularité de la délibération représente le quart du capital social en numéraire. Mais précisément parce qu'il s'agit maintenant de la majorité en sommes, le calcul des votes est fait non plus par tête, mais par actions : c'est

l'ensemble des actions souscrites par chacun des actionnaires composant la majorité acquise qui doit être pris en considération. Ainsi, reprenons l'hypothèse ci-dessus et supposons que le fonds social de la société, composée de 56 actionnaires, dont 20 ont pris part à la délibération, soit de 1 million divisé en un capital en nature de 400 000 fr. et un capital en numéraire de 600 000. Il sera nécessaire, mais il suffira que les 14 actionnaires formant la majorité par laquelle la délibération a dû être prise réunissent à eux tous un nombre d'actions représentant cent cinquante mille francs.

1013. Nous disons que cela suffira, bien que, dans l'hypothèse, le fonds social étant d'un million, le quart s'élève à deux cent cinquante mille francs. C'est qu'en effet, si la loi s'est exprimée en termes généraux et sans réserve quant à la majorité en nombre, elle a précisé, au contraire, en ce qui concerne le quart en sommes dont elle exige la représentation. Elle a dit expressément que la majorité doit représenter le quart du capital social *en numéraire*. Il y a donc lieu de faire ici abstraction du capital en nature pour ne tenir compte que du capital en argent. Or ce dernier capital étant seulement de 600 000 francs dans notre hypothèse, la délibération de l'assemblée générale sera régulière si les 14 actionnaires qui l'ont votée sont porteurs d'un nombre d'actions représentant la somme précitée de 150 000 francs.

X. — 1014. Il ne nous reste plus qu'à préciser les conséquences des délibérations spéciales en vue desquelles dispose l'art. 4. A cet égard, deux cas peuvent se produire, qui sont explicitement prévus par la loi : ou les évaluations annoncées sont admises par l'assemblée générale, ou elles sont rejetées. Nous nous occuperons d'abord de ces deux cas successivement. Il y en a un troisième sur lequel la loi ne s'explique pas, bien qu'il ait été prévu et longuement débattu dans les discussions du Corps législatif : c'est le cas où, les évaluations proposées paraissant exagérées, l'assemblée générale se prononcerait pour une réduction. Nous l'étudierons en dernier lieu.

1015. Quand une majorité régulière, constituée conformément aux prescriptions de la loi, a reconnu et décidé que les apports en nature ont été estimés à leur juste valeur, ou que les avantages stipulés n'ont rien d'excessif et sont légitimes, la société est définitivement constituée, sauf l'accomplissement d'une dernière condition dont nous parlerons au paragraphe suivant, la nomination du conseil de surveillance ou l'acceptation des administrateurs et des commissaires, suivant qu'il s'agit de la commandite par actions ou de la société anonyme (art. 5 et 25 de la loi de 1867). Désormais les souscripteurs sont liés, et ils ne peuvent plus mettre en question ce qui a fait l'objet de l'approbation de l'assemblée, c'est-à-dire la valeur des apports ou la cause des avantages particuliers.

1016. Cela, néanmoins, sous la réserve du dol ou de la fraude. Il est évident, en effet, que, si l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers n'avait été obtenue de l'assemblée générale qu'à l'aide de manœuvres frauduleuses, les actionnaires ne seraient pas liés.

Le législateur de 1867 a cru devoir le dire dans le § 7 de l'art. 4, aux termes duquel « l'approbation ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude. Toutefois, la précaution était bien inutile. La loi de 1856 ne l'avait pas prise ; et néanmoins l'action n'en eût pas moins été recevable sous l'empire de cette loi. C'est qu'en effet, le cas est toujours réservé de droit par cette raison de tradition vulgaire, que le dol et la fraude font exception à toutes les règles.

1017. C'est pourquoi il y aurait lieu d'admettre aussi l'erreur de calcul comme une cause susceptible de fonder un recours, bien que le cas d'erreur n'ait pas été expressément réservé. Mais la réserve est aussi de droit, et, en tant que l'erreur porterait sur la substance même de la chose, elle devrait incontestablement être admise comme cause de nullité, dans les termes du droit commun (C. civ., art. 1110). A vrai dire, une erreur de calcul dans ces conditions paraît peu probable quand on songe aux opérations à la suite desquelles intervient la délibération de l'assemblée qui statue sur l'approbation de l'apport ou des avantages. Il est possible, cependant, qu'elle se produise; et, le cas échéant, elle autoriserait un recours contre lequel on exciperait vainement de l'absence de toute réserve dans l'art. 4 (1).

1018. Nous n'en voudrions pas dire autant de la lésion. L'actionnaire n'est pas en état de minorité; c'est un majeur. Et les majeurs ne sont pas, en général, autorisés à demander, pour lésion même considérable, soit la rescision du contrat, soit la réparation du dommage qu'ils éprouvent. D'ailleurs, permettre l'action en rescision ou en dommages-intérêts pour cause de lésion, ce serait donner à tout actionnaire le moyen de revenir sur le vote d'approbation de l'assemblée, ou de se dégager des liens que ce vote a noués. Cela n'est pas admissible. Encore une fois, l'approbation a eu pour effet de rendre définitifs des engagements qui jusque-là n'étaient que conditionnels. Elle constitue la chose jugée entre la société et tous les associés sur la valeur des apports et la cause des avantages particuliers. Elle fait donc obstacle à l'exercice ultérieur d'une action dont l'effet serait de remettre en question la chose désormais et définitivement jugée.

1019. Au contraire, la délibération de l'assemblée générale entraîne la nullité des souscriptions et de la société lorsque, les évaluations étant considérées comme excessives, elle aboutit à un refus d'approbation. « A défaut d'approbation, est-il dit à l'art. 4 en prévision de cette seconde hypothèse, la société reste sans effet *à l'égard de toutes les parties.* » Il n'en pouvait pas être autrement. La société doit rester sans effet à l'égard de l'associé qui a fait l'apport en nature ou stipulé des avantages particuliers; car il ne saurait rester engagé si l'assemblée générale n'accepte pas ses propositions ou ses appréciations dans la mesure même où il lui a paru juste de les faire. Elle doit rester également sans effet à l'égard des souscripteurs; car la souscription n'ayant été de

(1) Voy. MM. Vavasseur (n° 72); Beudant (*Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 143, en note).

leur part qu'une adhésion conditionnelle, qu'un consentement donné sous réserve que le fonds social serait bien tel qu'ils ont dû le croire d'après les déclarations des statuts, ils sont nécessairement dégagés, par défaillance de la condition, et ils reprennent leurs droits dès que, ces déclarations n'étant pas admises par l'assemblée générale, il est avéré que l'affaire ne pourrait plus être celle à laquelle ils avaient voulu s'associer.

1020. Ainsi, le contrat est radicalement rompu par l'effet du refus d'approbation. Il est vrai de dire même que, légalement, le contrat n'a jamais eu d'existence. Et cela tranche, à notre avis, une question débattue entre les auteurs, celle de savoir à qui incombent les frais d'organisation exposés pour arriver à la constitution de la société. La question n'en est pas une, on le comprend, quand la société se constitue. Il est naturel alors de faire état de ces frais et de les laisser à la charge de la société. Le doute et la controverse se sont produits seulement dans le cas où, à défaut d'approbation des apports par l'assemblée générale, la société ne peut pas être constituée. D'après certains auteurs, les souscripteurs ne pourraient pas refuser de supporter un prorata dans ces frais, encore qu'ils ne s'y soient pas obligés expressément en souscrivant; et c'est seulement dans le cas où il serait reconnu que la conception de l'affaire a été frauduleuse de la part des fondateurs que les frais *resteraient* en entier à la charge de ces derniers (1). D'autres, tout en reconnaissant qu'en thèse générale les frais doivent être supportés par les fondateurs, réservent le cas où la société n'aurait pu se constituer par suite de l'abstention des souscripteurs, estimant qu'en ce cas ces derniers doivent supporter les dépenses que leur négligence seule a rendues inutiles (2).

Ces distinctions sont inadmissibles, à notre avis. A défaut d'approbation des apports, le contrat de société ne se forme pas; il n'existe pas et n'a jamais existé. Le résultat est le même quelle que soit la cause pour laquelle l'approbation n'a pas été obtenue, soit qu'elle ait été formellement refusée après délibération de l'assemblée générale, soit que l'assemblée n'ait pas pu délibérer faute d'avoir réuni un nombre suffisant d'actionnaires. En toute hypothèse, il y a une tentative restée sans effet, un projet qui n'a pas abouti et dont l'avortement fait qu'il ne subsiste rien de l'affaire, pas plus dans le passé que dans le présent. D'où la conséquence nécessaire qu'en toute hypothèse, les souscripteurs doivent être remis dans l'état même où ils étaient quand ils ont donné leur signature, et, par suite, qu'ils ont droit de reprendre en entier le montant de leur souscription, sans avoir à tenir compte de frais dont la charge ne peut incomber qu'à ceux qui ont engagé l'affaire et qui en cela ont agi à leurs risques et périls (3). C'est, d'ailleurs, la solution

(1) Voy. MM. Beslay et Lauras (n° 476). *Comp.* M. Alfred de Courcy (*Soc. anon.*, p. 87).

(2) Voy. MM. Vavasseur (n° 81); Alauzet (n° 461).

(3) Voy. MM. Foureix (n° 144); Rivière (n° 204); Mathieu et Bourguignat (n° 51); Dalloz (*Rép.*, v° Soc., n° 1200); Bourgeois (p. 259); Bédarride (n° 114). C'est aussi la

émise dans la discussion de la loi. « Si l'approbation manque, a dit la commission du Corps législatif, nul lien n'existe, pas plus dans le pas[sé] que dans le présent et dans l'avenir. *Souscripteurs sous condition, les actionnaires n'ont pas même à se préoccuper des frais exposés par ceux qui sont venus solliciter un concours qui s'est refusé à leurs désirs.* » (1)

1021. On a dit que les actionnaires auraient même droit à des intérêts (2). Il faut s'entendre. Ils ne pourraient obtenir l'intérêt des sommes à rembourser comme représentant le montant de leur souscription que dans les termes du droit commun. Ainsi, les sommes versées par le souscripteur ne sont pas, de plein droit, productives d'intérêt, et, sauf le cas où, en prévision de la restitution, des intérêts auraient été stipulés par convention spéciale, le souscripteur ne saurait être admis à prétendre qu'il lui en est dû à partir du versement par lui effectué. Mais dès que, délié par l'effet du refus d'approbation, il a demandé à être remboursé, les fondateurs sont en demeure d'effectuer le remboursement, et, s'ils tardaient à le faire, ils devraient les intérêts à compter du jour de la demande (3).

1022. Nous nous sommes expliqué sur les conséquences de la délibération, dans les deux hypothèses prévues par l'art. 4, en termes exprès : celle où les évaluations annoncées sont admises, et celle où, au contraire, l'assemblée générale refuse l'approbation. Mais, comme nous l'avons indiqué, il reste une troisième hypothèse que le texte ne prévoit pas expressément : celle où les évaluations, paraissant exagérées, l'assemblée voudrait réduire la valeur de l'apport en nature, ou retirer quelque chose des avantages stipulés. Il est certain que si l'associé qui fait l'apport en nature ou stipule l'avantage particulier refusait d'adhérer à la réduction, l'assemblée générale resterait impuissante. Cet associé ne peut être contraint à accepter une réduction quelconque contre son gré. S'il entend n'être engagé que dans le cas où ses évaluations seront admises, et si dès lors il ne veut pas subir la réduction, il est absolument libre de reprendre son apport : la société alors ne peut pas se constituer. Ceci est incontestable.

1023. La question qui s'élève, et elle est controversée, est de savoir si, même avec l'accord des parties intéressées, l'assemblée aurait qualité pour faire une telle transaction, et surtout si, la réduction étant offerte ou acceptée par ces parties, la délibération prise dans les conditions voulues, c'est-à-dire par une majorité comprenant le quart des actionnaires et représentant le quart du capital social, pourrait avoir pour effet de lier même les trois autres quarts. La question, disons-nous, est controversée. Néanmoins, dans la pensée des rédacteurs de l'art. 4, elle est résolue par cet article même dans le sens de l'affirmative. Cela résulte très-nettement des travaux préparatoires de la loi.

---

solution émise par M. Beudant, qui cependant réserve le cas où une clause formelle des statuts aurait décidé que les versements ne seront remboursés que déduction faite des frais légitimes et justifiés (*Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 154).

(1) Voy. le rapport de M. Mathieu (Tripier, *loi de 1867*, t. I, p. 116).

(2) Voy. M. Alfred de Courcy (*loc. cit.*, p. 88).

(3) *Conf.* MM. Mathieu et Bourguignat (n° 52).

La question s'est posée, en effet, sur un amendement de M. Javal qui, précisément en prévision de la difficulté, proposait d'ajouter au paragraphe 6 de l'art. 4 ces mots : « à moins qu'elles ne se mettent d'accord sur une évaluation différente. » Ce paragraphe eût été alors ainsi conçu : A défaut d'approbation, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties, *à moins qu'elles ne se mettent d'accord sur une évaluation différente.* « En prenant le sens littéral de l'article, disait l'auteur de l'amendement, on voit qu'à défaut d'approbation de la valeur des apports, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties. Rien ne permet d'être certain que si l'on venait, lors de la seconde assemblée générale prévue par la loi pour la vérification des apports, à changer l'évaluation et à se mettre d'accord sur une évaluation nouvelle réduite, *cet accord pût s'établir régulièrement par simple vote de majorité.* C'est pour cela que je demande l'addition de quelques mots fort simples qui feraient cesser cette ambiguïté. » Mais la commission n'admettait pas que le texte fût ambigu. Et, en son nom, le rapporteur répondait : « La commission a pensé que la disposition qu'on propose à la Chambre *est inutile, car ce serait introduire dans la loi une faculté qui, évidemment, est de droit commun, et qui appartient, en matière de société commanditaire, comme en toute autre, aux parties contractantes.* » Et M. Javal prenait acte de la déclaration, espérant « *que si les* tribunaux étaient appelés à se prononcer sur cette question, les explications sur la manière dont la rédaction a été entendue par le gouvernement et par la commission lèveraient tout malentendu. » Et comme il demandait plus tard pourquoi la commission et le gouvernement, qui parlaient dans le sens de l'amendement, ne s'y ralliaient pas, il lui fut répondu par le rapporteur : « Votre amendement est inutile, *puisque l'article dit la même chose.* » Sur quoi, la Chambre consultée s'est prononcée contre la prise en considération de l'amendement (1).

Ce n'est pas tout : la portée du paragraphe 6 de l'art. 4 a été mieux précisée encore dans la discussion et les décisions qui ont suivi ce premier vote. Bien des orateurs, disposés à maintenir le texte du projet, se prononçaient avec énergie contre l'interprétation qu'en avait donnée le rapporteur de la commission et le commissaire du gouvernement. L'assemblée générale, disaient-ils en substance, ne peut qu'approuver ou rejeter les évaluations telles qu'elles sont présentées par les fondateurs ou les bénéficiaires des stipulations d'apport ou d'avantages. Il ne lui appartient pas de modifier ces évaluations, même pour les réduire, car elle changerait, en les modifiant, les conditions et même la base du contrat ; elle substituerait une convention nouvelle à la convention première. Or cela ne saurait être fait qu'avec le concours et l'assentiment de tous les membres de la société. Vainement dirait-on que l'assemblée générale représente la société, qu'elle a mandat à l'effet de vérifier si les apports sont sincères, si les avantages sont justement et

(1) Voy. cette discussion dans le *Comment. législ.* de M. Tripier (t. I, p. 499, 500, 509 et 525).

honorablement stipulés, que dès lors quand, après vérification, elle vote, à la majorité requise par la loi, une réduction que les parties intéressées ont offerte ou qu'elles acceptent, la délibération est obligatoire pour tous les actionnaires, parce qu'elle émane de l'assemblée qui les représente. L'objection est sans portée, parce qu'elle implique l'oubli d'une idée fondamentale, surtout quand on veut mesurer le pouvoir à accorder aux assemblées. Qu'une majorité fasse loi, et par conséquent enchaîne tous les actionnaires lorsqu'il s'agit d'un acte de pure administration, cela peut se concevoir. Mais quand il s'agit d'une chose essentielle, constitutive de la société, la totalité des actionnaires peut seule statuer. La raison et le bon sens le veulent ainsi, car on ne comprendrait pas qu'une majorité à laquelle il n'appartiendrait évidemment pas de faire pour tous le contrat originaire puisse, obligatoirement pour tous, changer ce qui est constitutionnel dans ce contrat. Or, c'est bien de quelque chose de constitutionnel qu'il s'agit ici. Les bases de l'association sont changées lorsqu'il est avéré que les ressources réelles ne sont pas les ressources annoncées. Il peut convenir sans doute à certains actionnaires d'accepter le fait que la vérification a révélé; mais il peut convenir à beaucoup d'autres de ne pas l'accepter. Il faut donc assurer à ces derniers le droit de se séparer d'une société qui, à leurs yeux, ne serait pas la société à laquelle ils avaient entendu adhérer. Ainsi doit être comprise la disposition du paragraphe en discussion, sans quoi on donnerait à une simple majorité, comprenant seulement le quart des actionnaires et représentant le quart du capital en numéraire, c'est-à-dire en réalité à la minorité des actionnaires, la faculté de faire pour tous un contrat dont les trois quarts ont le droit de ne pas vouloir (1). C'est ainsi qu'à l'interprétation de la commission était opposée une interprétation toute différente. Et la commission, ayant maintenu et énergiquement défendu la sienne, d'accord avec le gouvernement (2), M. Marie a formulé une demande de renvoi à la commission et en a précisé l'objet en ces termes : « Je demande à la Chambre le renvoi à la commission, *afin que la commission, dans une rédaction nouvelle, dise que, lorsque l'assemblée générale aura à voter, elle ne pourra le faire dans ce cas et pour cette situation fondamentale qu'autant que tous les actionnaires auront été appelés;* eux seuls, en effet, parties stipulantes au contrat, peuvent décider si, au moins à leur égard, la société sera maintenue ou non. Le pouvoir purement représentatif d'une assemblée est sans force dans ce cas, car il serait sans raison. » (3) Or cette demande n'a pas été accueillie. La Chambre a refusé de prononcer le renvoi, et le paragraphe 6 a été voté tel qu'il est écrit dans l'art. 4. (4).

Il n'y a donc pas à se méprendre sur la portée qu'il a été dans la volonté du législateur de donner à cette formule : « A défaut d'appro-

(1) Voy., dans le *Comment. législ.* de M. Tripier (*loc. cit.*, p. 503 et suiv.), les observations de MM. Fabre, Ernest Picard, Marie, etc.
(2) Voy. *ibid.* les observations de M. Duvergier, commissaire du gouvernement, et de M. de Forcade la Roquette, ministre du commerce.
(3) *Ibid.* (p. 529 et 530).
(4) *Ibid.* (p. 538).

bation, la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties. » Expliqué par les deux votes qui se sont succédé, l'un pour repousser l'amendement Javal, l'autre pour repousser également le renvoi à la commission, le texte signifie incontestablement que l'approbation, à défaut de laquelle la société reste sans effet à l'égard de toutes les parties, ne s'entend pas seulement de l'acceptation pure et simple des évaluations annoncées par les fondateurs; qu'il y a approbation même quand ces évaluations sont admises, sauf modification ou réduction acceptée ou offerte par les parties intéressées; que l'assemblée générale a qualité pour donner une approbation en ces termes; et, par suite, qu'une telle approbation lie tous les actionnaires aussi bien et non moins que si elle était pure et simple (1). Et nous n'apercevons même pas l'utilité de la clause que plusieurs auteurs conseillent d'insérer dans les statuts à l'effet d'autoriser la société, représentée par la majorité, à accepter des évaluations et des chiffres autres que ceux qui auraient été primitivement proposés par les fondateurs (2). Sans doute, le conseil peut être suivi; mais il serait négligé sans danger; car ce droit que la clause réserverait à la majorité des actionnaires réunis en assemblée générale, la loi elle-même, par l'expresse volonté de ses rédacteurs, le lui donne incontestablement. Le doute, en effet, n'est pas possible en présence des deux votes ci-dessus rappelés, puisque l'un a rejeté une proposition dont l'objet précis était de faire retirer ce droit à la majorité, sous prétexte qu'une réduction ne serait possible qu'à la condition d'être acceptée par l'unanimité des actionnaires, et que l'autre a repoussé *comme inutile et comme disant la même chose que l'article* un amendement qui tendait à faire constater en termes exprès précisément l'existence de ce droit. Ainsi, même en l'absence d'une clause spéciale dans les statuts, on peut dire, avec M. Javal prenant acte des déclarations faites sur son amendement, que toute difficulté serait levée par ces déclarations mêmes, si la question était portée devant les tribunaux; ou, avec un commentateur, que le jugement ou l'arrêt qui annulerait une société, en ce que la modification des évaluations aurait été votée par la majorité, violerait la loi et n'échapperait pas à la censure de la Cour de cassation (3).

Au surplus, cette solution que la loi a entendu consacrer, bien qu'elle rencontre dans la doctrine d'énergiques contradicteurs (4), est en elle-même équitable et parfaitement juste en principe et en droit. En définitive, la théorie de la loi se résume en des termes fort simples. Elle

---

(1) MM. Bédarride (nos 116 et suiv.), Beudant (*loc. cit.*, p. 144 et suiv.) et Sourdat (*op. cit.*, p. 83 et suiv.), reconnaissent que, d'après la discussion, le texte ne peut pas n'être pas entendu en ce sens.

(2) Voy. MM. Beudant (*loc. cit.*); Vavasseur (n° 69); Alauzet (n° 460).

(3) Voy. M. Bédarride (n° 122).

(4) Voy. MM. Vavasseur (nos 66 et suiv.); Lombard (*op. cit.*, p. 88); Alauzet (n° 460). Néanmoins, ce dernier auteur admet, par un tempérament qui à notre avis laisserait trop à l'arbitraire du juge, que la délibération de la majorité ferait loi pour tous les actionnaires, si la réduction des évaluations proposées était de peu d'importance.

exige la réunion de deux assemblées successives, dont la seconde a pour mission de statuer en présence des vérifications ordonnées ou préparées par la première. Tous les associés peuvent se rendre à ces assemblées; tous y sont admissibles et doivent tous y être convoqués. Il n'était pas possible, cependant, d'exiger la présence de l'unanimité, à moins de vouloir mettre les sociétés dans le cas à peu près inévitable de ne pouvoir pas se constituer. Et alors, par une sorte de transaction, la loi s'arrête à l'idée d'un *minimum :* elle décide que l'assemblée délibérera valablement, pourvu que la délibération obtienne une majorité comprenant le quart des actionnaires et représentant le quart du capital en numéraire. Que faut-il induire de là, étant donnée la faculté pour tout associé d'être présent à l'assemblée? Évidemment, que ceux qui s'abstiennent d'y aller s'en remettent à ceux qui se présentent, c'est-à-dire à l'assemblée réunie, du soin de délibérer pour eux et dans leur intérêt. Comment donc pourraient-ils être admis à se plaindre et se retirer de la société si, les apports en nature étant reconnus d'une valeur inférieure à la valeur annoncée, la majorité voulue par la loi décide, d'accord avec les fondateurs ou avec les parties intéressées, qu'ils sont réduits à leur valeur réelle et que la société est ainsi définitivement constituée? Dans la réalité des faits, les absents ont été représentés par cette majorité du quart qui, dans l'intérêt social, par conséquent dans leur intérêt à eux aussi bien que dans le sien propre, a voté la réduction. On dit, à la vérité, qu'il s'agit là d'*un acte constitutionnel,* d'un acte, dès lors, que la majorité ne peut pas faire et pour lequel il faut l'unanimité des actionnaires. Mais est-ce qu'approuver purement et simplement ou désapprouver les chiffres ou les évaluations proposés n'est pas un acte constitutionnel aussi bien et au même titre que les approuver sauf modification ou réduction? Pourquoi donc, quand l'assemblée générale a qualité pour voter, à la majorité requise, l'approbation pure et simple ou le rejet, et quand, en votant ainsi, elle lie tous les souscripteurs définitivement ou les dégage, n'aurait-elle pas aussi qualité pour voter, obligatoirement pour tous également, la réduction d'apports ou d'avantages reconnus exagérés? La loi, qui a voulu ne pas faire de différence, s'est montrée en cela bien autrement prévoyante qu'elle ne l'eût été en réduisant l'assemblée à ne pouvoir que rejeter les évaluations proposées ou les approuver purement et simplement. Car, en fait, il doit arriver rarement, en cas de stipulation d'apports en nature ou d'avantages particuliers, qu'il n'y ait pas quelque exagération dans les évaluations annoncées. Or, si la faculté d'approuver n'impliquait pas le droit d'admettre même des chiffres modifiés, il se produirait nécessairement, l'assemblée étant tenue d'opter entre le rejet ou l'adoption pure et simple, de deux choses l'une : ou elle approuverait purement et simplement, et par là constituerait la société avec un actif inférieur à sa valeur réelle; ou elle rejetterait, et par là fermerait la voie à une entreprise qui, ramenée à ses proportions exactes, pourrait être utile et très-fructueuse. Le législateur a sagement fait en laissant à l'assemblée la

faculté de s'arrêter, le cas échéant, à un terme moyen susceptible de prévenir ces fâcheux résultats (1).

1024. La Cour de Paris a jugé cependant que l'assemblée générale des actionnaires d'une société en commandite par actions n'a pas le pouvoir de modifier les dispositions des statuts sociaux relatives à la constitution et au mode d'apport du fonds social. Toutefois la décision n'est pas contraire à la solution qui précède, en ce que, dans l'espèce, l'assemblée avait dispensé les fondateurs de la société du versement effectif de l'apport dû par eux (2). Il est de toute évidence que la faculté pour l'assemblée générale de réduire la valeur des apports ne saurait en aucune façon emporter celle de dispenser ceux qui les doivent d'en faire la remise.

§ V. — DE L'ÉTABLISSEMENT D'UN CONSEIL DE SURVEILLANCE.

SOMMAIRE.

I. 1025. La société définitivement constituée doit, avant de fonctionner, compléter son organisation par l'établissement d'un conseil de surveillance ou par la nomination d'administrateurs et de commissaires, suivant qu'elle est en commandite ou anonyme. — Renvoi quant à la nomination des administrateurs et des commissaires.

II. 1026. Un conseil de surveillance doit être établi dans chaque société en commandite par actions : la règle est absolue et ne comporte ni exception ni réserve. — 1027. L'institution est d'un usage antérieur à la loi de 1867 et même à celle de 1856; mais ces lois ont rendu le conseil de surveillance obligatoire, — 1028. Même pour les sociétés en commandite qui existaient antérieurement : applications. — 1029. Sanctions. — 1030. Du reste, c'est la mesure qui est obligatoire, non la dénomination. — 1031. Les lois précitées ont, en outre, réglementé l'organisation du conseil de surveillance. Textes et division.

III. 1032. Le conseil doit être nommé à l'élection par les actionnaires en assemblée générale, — 1033. Soit par l'assemblée qui a approuvé les apports ou les avantages particuliers, — 1034. Soit, à défaut, ou s'il n'y a eu ni apports en nature ni avantages stipulés, par une assemblée générale convoquée *ad hoc*. — 1035. Dans quel délai? — 1036. C'est au gérant qu'il incombe de faire la convocation. *Quid* s'il néglige de la faire? — 1037. Dans tous les cas, la nomination a lieu à la majorité numérique ou déterminée par les statuts pour les réunions ordinaires.

IV. 1038. Le nombre des membres du conseil de surveillance, fixé à cinq par la loi de 1856, est réduit à trois par celle de 1867 : le conseil doit donc être composé de trois membres au moins. — 1039. *Quid* si la société n'est composée que de trois actionnaires, ou même moins, outre le gérant? — 1040. Du cas où, par suite de décès, démission ou autrement, le conseil tombe au-dessous du nombre légal, — 1041. Et de celui où l'un des membres nommés n'accepterait pas.

V. 1042. Les membres du conseil de surveillance sont pris parmi les actionnaires. — 1043. Tout actionnaire y peut donc être appelé, n'eût-il qu'une seule action; inadmissibilité d'une stipulation contraire. — 1044. Mais il peut être stipulé que les actions des membres du conseil de surveillance seront inaliénables pendant la durée de leurs fonctions. — 1045. La qualité d'actionnaire étant une condition d'aptitude, il en résulte que le membre du conseil qui aliénerait ses actions serait réputé démissionnaire : conséquences; — 1046. Il en résulte également que des étrangers ne pourraient pas être adjoints aux actionnaires nommés pour composer le conseil, — 1047. Et que, si un étranger était nommé membre et acceptait, il serait réputé souscripteur par cela même.

VI. 1048. La durée des pouvoirs conférés au conseil n'est pas fixée par la loi; les membres en sont soumis à la réélection aux époques déterminées par les sta-

(1) Voy., en ce sens, MM. Rivière (n° 49); Mathieu et Bourguignat (n° 48); Beslay Lauras (nos 467 et suiv.).

(2) Paris, 18 mars 1862 (S.-V., 62, 2, 61; *J. Pal.*, 1862, p. 712).

tuts. — 1049. *Secùs* en ce qui concerne les membres du premier conseil, lequel est nommé seulement pour une année. — 1050. *Quid* s'il se maintenait en fonctions après l'année expirée? — 1051. Ils ne sont pas révocables, si ce n'est pour cause déterminée.

VII. 1052. Renvoi quant aux attributions communes à tous les conseils de surveillance. Le premier en a, en outre, de spéciales qui se rattachent à la constitution même de la société. — 1053. Il doit vérifier si les dispositions contenues dans les art. 1 à 5 ont été observées. — 1054. Il doit procéder à la vérification par lui-même et immédiatement après sa nomination. — 1055. Il doit faire prononcer la nullité au cas d'infraction, mais seulement dans les cas où l'omission commise n'est pas réparable; en cas contraire, il doit aviser à la réparer. — 1056. Responsabilité de ce premier conseil en cas d'annulation de la société constituée contrairement aux dispositions des art. 1 à 5.

I. — 1025. Après la souscription de la totalité du capital social et le versement du quart du montant de chaque action souscrite (*suprà*, § 2), et, en outre, dans le cas de stipulation d'apports en nature ou d'avantages particuliers, après l'approbation en assemblée générale de ces apports ou avantages (*suprà*, § 4), la société est définitivement constituée. Cependant elle n'est pas encore organisée d'une manière complète. Et pour qu'elle puisse fonctionner et s'engager dans les opérations en vue desquelles elle a été formée, elle doit, au préalable, et à peine de nullité, compléter son organisation par l'établissement d'un conseil de surveillance si elle est en commandite par actions, ou, si elle est anonyme, par la nomination des premiers administrateurs et des commissaires pour la première année (loi de 1867, art. 5, 6, 7, 25 et 41).

Nous ne nous occuperons pas, quant à présent, de ce dernier point, qui sera compris dans le paragraphe suivant, avec quelques autres conditions requises pour les sociétés anonymes. Nous étudierons seulement, dans le présent paragraphe, les prescriptions relatives à l'établissement du conseil de surveillance dans les sociétés en commandite par actions.

II. — 1026. Aux termes de l'art. 5 de la loi du 24 juillet 1867, un conseil de surveillance doit être établi dans chaque société en commandite par actions. C'est une condition nécessaire et qui ne comporte ni exception ni réserve. Quel que soit le capital social, qu'il se chiffre par centaines de mille francs ou par millions, la nécessité est la même; elle s'impose aujourd'hui, en sorte que le conseil de surveillance, devenu obligatoire, constitue un rouage nécessaire de la société en commandite par actions.

1027. C'est par là notamment que l'état actuel se distingue de l'état antérieur aux lois de 1856 et de 1867. Ces lois, en effet, n'ont pas créé l'institution du conseil de surveillance. Elles l'ont empruntée à la pratique qui, longtemps avant elles, l'avait imaginée comme contrôle à l'action toute-puissante du gérant dans la commandite. On avait compris qu'entre les mains d'un gérant incapable ou malhonnête, cette puissance pouvait être funeste à la société. Et par cela même on avait dû reconnaître qu'il importait d'établir une sorte de pouvoir qui, sans paralyser le gérant dans son action, en surveillât la gestion, et, en cas de besoin, donnât l'éveil à la société sur les écarts, les erreurs ou les

fautes de la gérance. Par suite, l'usage s'était établi de créer, sinon toujours, au moins dans les sociétés de quelque importance, des commissions qui habituellement prenaient le nom de conseils de surveillance. Le législateur, lorsqu'il a senti la nécessité de réglementer les sociétés en commandite par actions, n'a eu garde de négliger cet usage. Il l'a consacré, au contraire; il l'a généralisé; et, rendant obligatoire une mesure qui était simplement facultative, il a dit qu'un conseil de surveillance serait établi *dans chaque société en commandite par actions.* Ainsi dispose la loi du 24 juillet 1867; et en cela elle n'a fait que reproduire la règle posée déjà dans celle de 1856, qui, elle-même, s'était inspirée du projet de réforme de 1838, dans lequel la nomination du conseil de surveillance était exigée impérativement par l'art. 18.

1028. Et comme il entrait ainsi dans la pensée du législateur de faire du conseil de surveillance un rouage nécessaire de la société en commandite, l'établissement en avait dû être imposé non-seulement aux sociétés à venir, mais encore aux sociétés existantes et constituées sous l'empire de l'ancienne législation. Aux termes de l'art. 15 de la loi du 17-23 juillet 1856, « les sociétés en commandite par actions alors existantes, et qui n'avaient pas de conseil de surveillance, étaient tenues, dans le délai de six mois à partir de la promulgation de la loi, de constituer un conseil de surveillance... » Le législateur de 1867 n'a pas cru pouvoir se dispenser de reproduire cette disposition. Il était peu probable, sans doute, que, dans cet intervalle de onze années écoulées entre la loi de 1856 et celle de 1867, le but n'eût pas été atteint et qu'il existât encore des sociétés en commandite dépourvues d'un conseil de surveillance. Néanmoins, il n'était pas impossible que, par impuissance ou par oubli, des sociétés n'eussent pas encore satisfait à l'obligation imposée par la disposition précitée (1). En conséquence, l'art. 18 de la loi du 24 juillet 1867 a disposé que « les sociétés antérieures à la loi du 17 juillet 1856, et qui ne se seraient pas conformées à l'art. 15 de cette loi, seront tenues, dans un délai de six mois, de constituer un conseil de surveillance, conformément aux dispositions qui précèdent. » Ainsi, il résulte de cette disposition transitoire, combinée avec celle de l'art. 5, que toute société en commandite, quelle que soit la date de sa constitution, doit avoir un conseil de surveillance absolument distinct de la gestion (2). La Cour de cassation a posé nettement le principe en l'appliquant à une société ancienne qui cependant avait organisé par ses statuts un conseil supérieur dit de surveillance. Mais comme ce conseil n'était pas établi simplement pour le contrôle et la surveillance des opérations de la société; comme il avait de plus le pouvoir de gérer et d'administrer, la Cour a pensé qu'il ne répondait pas au vœu de la loi, laquelle avait voulu organiser, non une surveillance nominale et illusoire exercée par les gérants sur eux-mêmes, mais une surveillance réelle, efficace et entièrement distincte de la ges-

(1) Voy. le rapport de la commission (Tripier, t. I, p. 148).
(2) Voy. Grenoble, 11 déc. 1872 (Dall., 74, 2, 33; S.-V., 74, 2, 147; *J. Pal.*, 1874, p. 705).

tion; et, en conséquence, par cassation d'un arrêt contraire de la Cour de Paris, elle a décidé que, nonobstant l'existence du conseil supérieur dans la société, il y avait lieu à la nomination d'un conseil de surveillance proprement dit (1).

1029. Une sanction est ajoutée par la loi à l'obligation qu'elle impose. Seulement, elle n'est pas et ne pouvait pas être la même dans les deux hypothèses prévues. La société constituée sous l'empire des lois nouvelles contrevient à une prescription formelle de la loi si elle commence les opérations sociales avant l'établissement et l'entrée en fonctions du conseil de surveillance. Celle qui s'était établie antérieurement et avait fonctionné sans constituer un conseil de surveillance avait usé de son droit, puisque la constitution n'en était pas obligatoire. Aussi, tandis que, dans le premier cas, la société est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés, aux termes de l'art. 7 de la loi, la société, valablement établie à l'origine, reste valable, dans le second, nonobstant la non-constitution du conseil de surveillance dans le délai fixé; seulement, la loi fait naître de cette omission une action en dissolution que chaque actionnaire a le droit d'exercer. (L. 17 juill. 1856, art. 15; l. 24 juill. 1867, art. 18.) Nous revenons sur ce point dans le titre III, où il est traité de la dissolution d'une manière générale.

1030. Du reste, ce qui est obligatoire, c'est la constitution du conseil de surveillance. On s'est demandé si la dénomination n'est pas obligatoire également, et si les statuts qui, en établissant ce conseil, lui donneraient le nom de comité de contrôle ou tout autre ne seraient pas contraires aux prescriptions de la loi. MM. Beslay et Lauras, qui posent la question, la résolvent négativement (2), et l'on ne comprendrait pas comment elle pourrait être résolue autrement. Le législateur a pris, pour l'introduire dans la loi, la dénomination qui était consacrée par l'usage; mais assurément il n'a pas entendu qu'elle fût considérée comme sacramentelle. La dénomination, dès lors, importe peu. Et pourvu que la surveillance soit établie suivant les conditions déterminées par la loi, la société aura aisément raison de toute action en nullité ou en dissolution formée sous le futile prétexte que la surveillance organisée aurait reçu le titre de commission de censure, de conseil de contrôle, où de tout autre enfin que celui de conseil de surveillance.

1031. Mais, sous quelque titre que ce soit, il faut que le conseil soit organisé dans les conditions et suivant les modes et les règles prescrits. Le législateur ne s'en est pas tenu, en effet, à rendre le conseil de surveillance obligatoire. On sait quel genre d'abus avait été fait de l'institution que la pratique avait imaginé comme moyen de contrôle, et comment le conseil de surveillance ne fut trop souvent qu'un frauduleux appel à la confiance. Le gérant, qui le formait seul, en choisissait les membres à sa guise, et le composait de personnes dont le nom avait

---

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de Paris du 28 mars 1859 (S.-V., 59, 2, 438; *J. Pal.*, 1859, p. 354; Dall., 59, 2, 150), et l'arrêt de cassation du 31 déc. 1860 (S.-V., 61, 1, 286; *J. Pal.*, 1861, p. 503; Dall., 61, 1, 73).

(2) Voy. MM. Beslay et Lauras (nos 562 et suiv.).

une notoriété acquise, souvent étrangères à la société, et en tous cas irresponsables. Et il arrivait que l'actionnaire crédule, séduit par ces noms, voyait plus tard, dans ces mandataires imposés, rarement des hommes pénétrés du sentiment de leur mission, quelquefois des complaisants et le plus souvent des surveillants sans vigilance (1). C'est pour obvier à de tels abus que le législateur, en même temps qu'il rendait le conseil de surveillance obligatoire, a senti la nécessité d'en réglementer l'organisation. Dans cette vue, l'art. 5 de la loi du 17 juillet 1856 disposait en ces termes : « Un conseil de surveillance, composé de cinq actionnaires au moins, est établi dans chaque société en commandite par actions. — Ce conseil est nommé par l'assemblée générale des actionnaires immédiatement après la constitution définitive de la société et avant toute opération sociale. — Il est soumis à la réélection tous les cinq ans au moins : toutefois, le premier conseil est nommé pour une année. »

L'art. 5 de la loi de 1867 contient la même disposition, sauf cette double modification que le nombre des membres du conseil de surveillance est réduit de cinq à trois au moins, et qu'ils sont soumis à la réélection non plus tous les cinq ans, mais aux époques et suivant les conditions déterminées par les statuts, le premier conseil devant d'ailleurs, comme sous la loi de 1856, n'être nommé que pour une année. L'article 6 dit ensuite que « ce premier conseil doit, immédiatement après sa nomination, vérifier si toutes les dispositions contenues dans les articles qui précèdent ont été observées. » Et l'art. 8 ajoute que « lorsque la société est annulée (comme constituée contrairement aux prescriptions des art. 1 à 5), les membres du premier conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables, avec le gérant, du dommage résultant, pour la société ou pour les tiers, de l'annulation de la société. » Tels sont les textes. Ils disposent, on le voit, touchant le mode de nomination du conseil de surveillance, le nombre de membres dont le conseil doit être composé, les conditions d'éligibilité, la durée du mandat, la mission spéciale du premier conseil et sa responsabilité. Ce sont autant de points sur lesquels nous avons à nous expliquer.

III. — 1032. Dès qu'elle s'attachait à réglementer la commandite par actions, la loi ne pouvait pas laisser aux gérants le droit dont, jusqu'à la réglementation, ils avaient usé, et trop souvent mal usé, de choisir et de nommer eux-mêmes le conseil de surveillance. Elle ne pouvait pas admettre que le conseil appelé à surveiller le gérant tînt ses pouvoirs de celui-là même dont il aurait à contrôler les actes. Le premier soin du législateur a donc été de dépouiller le gérant d'une faculté dont il avait été fait de trop fréquents abus, et d'attribuer la nomination du conseil à ceux dans l'intérêt de qui le contrôle et la surveillance sont exercés. La loi de 1856, et après elle celle de 1867, ont, en effet, décidé que les membres du conseil sont nommés à l'élection par les actionnaires en assemblée générale.

---

(1) Voy. le rapport de M. Langlais (Tripler, *Loi de 1856*, p. 54).

1033. Mais de quelle assemblée la loi a-t-elle entendu parler? Il fau distinguer. S'il est fait à la société des apports en nature ou s'il est sti pulé des avantages particuliers, l'assemblée qui, aux termes de l'art. 4 précédemment expliqué, doit statuer sur l'approbation des apports o des avantages, a certainement qualité pour élire le conseil de surveil lance (1). Mais il importe, pour qu'elle soit en mesure de le faire, qu la lettre de convocation, en indiquant l'objet de la réunion, énonc qu'après avoir statué sur l'approbation, l'assemblée procédera à la no mination du conseil. C'est naturellement dans cet ordre que les opéra tions de l'assemblée doivent être accomplies.

Selon quelques auteurs, ce serait même un ordre obligé. Ils suppo sent que l'art. 5 subordonne la constitution préalable de la société à l nomination du conseil de surveillance; et en conséquence, ils estimen qu'il faudrait regarder comme irrégulièrement constituée une sociét dont le conseil serait nommé antérieurement à l'approbation des ap ports et des avantages particuliers (2). Il nous serait impossible d'aller jusque-là. Il est vrai que la société n'est définitivement constituée, d'après l'art. 4, qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages, et que, suivant l'art. 5, c'est après sa constitution définitive que la société doit compléter son personnel administratif par la nomination du con seil de surveillance. Mais lorsque c'est la même assemblée qui procède à l'approbation de l'apport et à la nomination du conseil, quand le procès-verbal de cette assemblée constate que les deux opérations ont eu lieu à la suite et sans désemparer, dire que la société est irrégu lièrement constituée, et par conséquent qu'elle peut être annulée par application de l'art. 7, parce que l'approbation de l'apport a suivi la nomination du conseil au lieu de la précéder, c'est pousser la rigueur à l'extrême, et nous doutons que, le cas échéant, aucun tribunal con sentît à s'y associer. Ce n'est pas, d'ailleurs, l'observation de l'ordre dans lequel sont indiquées les formalités requises qui est placée sous la sanction de la nullité. La société n'est déclarée nulle et sans effet par l'art. 7 que « si elle est constituée *contrairement aux prescriptions des art.* 1, 2, 3, 4 *et* 5. » Or, il est satisfait à la loi dès que toutes ses pres criptions ont été obéies, et ce serait absolument se méprendre sur sa volonté qu'assimiler à une omission susceptible de vicier la société la simple interversion dans l'ordre logique suivant lequel ses prescriptions paraissent devoir être observées.

1034. Si à défaut d'apports en nature ou d'avantages stipulés il n'y a pas lieu de procéder aux vérifications et approbations exigées par l'ar ticle 4, ou encore si l'assemblée à laquelle il appartient de le faire quand il y a lieu n'a pas usé du droit qu'elle avait de nommer le conseil de surveillance, il doit être pourvu à la nomination par une assemblée gé nérale spécialement convoquée *ad hoc*. Mais dans quel délai? Par qui

(1) M. Beudant paraît supposer que cette assemblée non-seulement peut, mais *doit*, nommer le premier conseil de surveillance (*Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 140, à la note, et p. 152).

(2) Voy. MM. Beslay et Lauras (nº 540).

cette assemblée doit-elle être convoquée? Quels en doivent être la composition et le mode de votation? Ce sont autant de questions que résolvait le projet de réforme de 1838, et sur lesquelles la loi actuelle donne à peine quelques indications.

1035. L'art. 5 exige la nomination du conseil de surveillance par l'assemblée générale ***avant toute opération sociale***. Mais il dit aussi que le conseil est nommé ***immédiatement*** après la constitution définitive de la société. Qu'est-ce à dire? Cela signifie, non pas que les actionnaires ***doivent*** nécessairement, mais qu'ils ***peuvent*** faire la nomination dès que la société est définitivement constituée. — Ainsi, y a-t-il des apports en nature ou des avantages stipulés, les actionnaires pourront être réunis en assemblée générale à l'effet d'élire le conseil immédiatement après le vote d'approbation qui, d'après l'art. 4, est le fait d'où résulte la constitution définitive de la société. — Le fonds social consiste-t-il tout entier en numéraire, les actionnaires pourront être réunis immédiatement après la souscription de la totalité de ce capital et le versement obligatoire du quart, c'est-à-dire après l'accomplissement des conditions exigées par l'art. 1er, pour que la société soit définitivement constituée. — Ils seront libres, néanmoins, de surseoir et d'attendre, la loi ne fixant aucun délai. Elle diffère en cela du projet de 1838 amendé par la commission de la Chambre des députés, et dont l'art. 18, § 1er, ***aurait exigé*** que, « dans le mois après la constitution de la société, le ***gérant*** convoquât l'assemblée générale des actionnaires pour procéder à l'élection des membres du conseil de surveillance. » Aujourd'hui, d'après les dispositions de la loi de 1867, une seule chose est nécessaire, en toute hypothèse, mais elle suffit : c'est que le conseil de surveillance soit nommé par l'assemblée générale des actionnaires ***avant toute opération sociale***.

1036. Le second point était également résolu dans les projets de réforme de 1838. Le paragraphe précité de l'art. 18 imposait au gérant, on vient de le voir, l'obligation de convoquer les actionnaires dans le délai d'un mois. Et le paragraphe 3 du même article ajoutait « qu'à défaut de convocation par le gérant dans ce délai, cette convocation serait autorisée par le président du Tribunal de commerce, sur la demande d'un ou de plusieurs actionnaires. » L'art. 5 de la loi de 1867 n'a pas plus reproduit cette disposition que la précédente; et il en avait été de même de la loi de 1856. Il est certain néanmoins, quant au gérant, qu'il a qualité, comme il a intérêt, puisqu'il encourrait la peine de l'amende s'il commençait les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance (art. 13).

Mais ajoutons qu'il a ***seul*** qualité. Quelques auteurs enseignent, cependant, « que les actionnaires peuvent, s'ils voient les opérations sociales sur le point de commencer sans qu'il ait été préalablement établi un conseil de surveillance, provoquer la réunion de l'assemblée générale pour en constituer un. » (1) On est allé plus loin encore devant la Cour

(1) Voy. M. Rivière (n° 57). *Junge* : MM. Dalloz (*Rép.*, v° Soc, n° 1214); Ameline (*Rev. prat.*, t. XXIV, p. 373 et 374); Duvergier (*loc. cit.*, p. 342).

d'Amiens; on a soutenu que, dans ce cas d'inaction du gérant, non-seulement les actionnaires *pouvaient* provoquer la réunion de l'assemblée, mais encore qu'ils le *devaient*, et qu'ils engageaient leur responsabilité en ne le faisant pas. La Cour a justement rejeté la prétention, et, précisant nettement la solution juridique telle qu'elle résultait de la loi de 1856 et telle qu'elle résulte encore de la loi actuelle dont, sur ce point, les dispositions sont les mêmes, elle a dit « que l'art. 5, qui prescrit l'établissement d'un conseil de surveillance par l'assemblée générale des actionnaires, n'impose à aucun d'eux l'obligation de convoquer cette assemblée; que les actionnaires ne sont même pas obligés d'assister tous aux assemblées générales, puisque l'art. 4 porte qu'il suffit, pour valider ses délibérations, d'une majorité formée par le quart d'entre eux; *que la seule autorité sociale qui, en dehors du gérant,* puisse convoquer l'assemblée générale, est, d'après l'art. 9 (de la loi de 1856, 11 de celle de 1867), le conseil de surveillance lui-même, quand il est établi, d'où il résulte évidemment que, jusque-là, la convocation *ne peut être faite que par le gérant ou par les fondateurs de la société, lorsqu'ils sont autres que le gérant;* que c'est bien au gérant seul qu'il appartient de faire ou d'ordonner les actes d'administration qui sont interdits aux commanditaires par les art. 27 et 28 du Code de commerce; que c'est le gérant seul qui est passible de condamnation, lorsqu'il commence les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance, et que la seule sanction qui atteigne en ce cas les actionnaires est celle qui déclare la nullité de la société à leur égard, sans que cette nullité soit opposable aux tiers. » (1)

Toutefois, si le gérant a seul qualité pour convoquer l'assemblée générale, ce n'est pas à dire que les actionnaires soient condamnés à rester impassibles en présence d'un gérant qui ne remplirait pas sa mission et s'engagerait dans les opérations sociales avant l'établissement du conseil de surveillance. Ils ne sauraient être sans aucun moyen de se soustraire à la sanction que rappelle l'arrêt de la Cour d'Amiens, à cette nullité qui leur serait opposable par les tiers et que de leur côté ils ne pourraient pas opposer. Ils n'auraient pas sans doute la faculté de recourir au président du Tribunal de commerce pour faire autoriser la convocation de l'assemblée, la loi ne consacrant pas ce moyen spécial qu'avaient imaginé les auteurs du projet de 1838. Mais ils auraient incontestablement le droit de recourir au Tribunal de commerce et d'y former soit une demande en dissolution de la société, soit une demande tendante à ce que, dans un bref délai à partir de la décision à intervenir, le gérant soit tenu de convoquer les actionnaires sous peine d'avoir à payer une somme déterminée par chaque jour de retard (2). Si la loi ne leur donne pas une telle action en termes exprès, elle ne leur défend pas du moins de l'introduire; l'intérêt incontestable qu'ils ont à se pro-

(1) Voy. Amiens, 16 janv. 1875 (*J. Pal.*, 1875, p. 800; S.-V., 75, 2, 193). Voy. aussi MM. Alauzet (n° 463); Bédarride (n° 142); Beslay et Lauras (n°s 558 et 559); Sourdat (*op. cit.*, p. 133).
(2) Voy. les auteurs cités à la note précédente.

téger contre l'inaction ou l'imprévoyance du gérant en justifierait pleinement l'exercice.

1037. Enfin, le troisième point était réglé, comme les deux précédents, dans le projet de 1838 et par le même art. 18. « L'élection (des membres du conseil de surveillance) n'aura lieu dans une première séance, portait le paragraphe 2, qu'autant que les votants représenteront au moins la moitié du capital de la commandite. En cas d'ajournement faute d'un nombre suffisant d'actionnaires présents, l'élection sera valablement faite, dans une seconde séance, quels que soient le nombre et l'intérêt des votants. » Ni la loi de 1856, ni celle de 1867, n'ont rien dit de semblable. Il s'ensuit que ce point reste dans les termes du droit commun, soit quant à la composition de l'assemblée, soit quant au mode de votation. Ainsi, quel que soit le nombre des votants et dans quelque mesure qu'ils représentent le capital social, la nomination des membres du conseil de surveillance est faite à la majorité des membres présents à l'assemblée, à moins de clauses spéciales dans les statuts.

La règle est absolue et ne reçoit pas d'exception même dans le cas, indiqué plus haut (n° 1033), où la nomination du conseil est faite par l'assemblée générale qui statue sur l'approbation des apports ou des avantages particuliers. On pourrait dire, et on a dit sous l'empire de la *loi de 1856* (1), que l'assemblée mentionnée dans l'art. 5 étant, dans ce *cas, la* même que celle dont la composition est déterminée par l'art. 4, *il y a* lieu d'exiger, pour la nomination du conseil de surveillance, aussi bien que pour l'approbation des apports et des avantages, non-seulement la majorité des actionnaires présents, mais encore une majorité comprenant le quart de tous les actionnaires et représentant le quart du capital social en numéraire. Néanmoins, cet avis n'a été suivi ni sous l'ancienne loi de 1856, ni sous la loi nouvelle de 1867. Tous les auteurs, sans excepter même ceux qui s'y étaient arrêtés d'abord, reconnaissent aujourd'hui que la majorité déterminée par l'art. 4 a été fixée pour une hypothèse spéciale en dehors de laquelle il n'y aurait aucune raison de la requérir (2). En effet, si la société est, par la volonté de la loi, empêchée de commencer les opérations sociales avant la nomination et l'entrée en fonctions d'un conseil de surveillance, elle existe cependant, elle est constituée quand il est procédé à cette nomination. Comment donc et à quel titre l'assemblée des actionnaires, en y procédant, serait-elle régie par les dispositions d'un article qui vise une assemblée préliminaire dont les délibérations ont pour objet la vérification et l'approbation des apports en nature, c'est-à-dire précisément la constitution même de la société? Évidemment, l'art. 4 est ici hors de

(1) Voy. M. Alauzet (1re édit., n° 193).

(2) Voy. MM. Bravard (*Soc.*, p. 143 et suiv., à la note); Romiguière (n° 56); Rivière (n° 58); Alauzet (2e édit., n° 463); Vavasseur (n° 138); Ameline (*op. cit.*, p. 374); Mathieu et Bourguignat (n° 57); Bédarride (n° 141); Beslay et Lauras (nos 541 et suiv.); Sourdat (*op. cit.*, p. 133); Lombard (*op. cit.*, p. 121).

cause, et dès lors c'est au droit commun qu'il faut se référer, à moins qu'il n'y ait été dérogé par les statuts de la société.

Notons, en effet, qu'en ce point, les statuts seraient obligatoires justement parce que la nomination du conseil implique l'idée d'une société déjà constituée, le conseil étant nommé, selon les termes de la loi *après la constitution définitive de la société*. Si donc les statuts avaient réglé la composition des assemblées ordinaires, par exemple en exigeant la possession d'un certain nombre d'actions pour y être admis, ou s'ils avaient réglé le mode de votation en déclarant que toute délibération devrait être prise à la majorité des deux tiers ou des trois quarts, l'élection des membres du conseil de surveillance devrait être faite conformément à ces dispositions.

IV. — 1038. La loi, en exigeant l'établissement d'un conseil de surveillance dans chaque société en commandite par actions, a entendu soumettre les opérations de la gérance à un contrôle sérieux et susceptible de sauvegarder l'intérêt des tiers aussi bien que celui des commanditaires. Et dans cette vue elle a voulu, pour rendre la surveillance plus exacte et plus efficace, que le conseil fût composé d'un certain nombre de membres. Ce nombre était de cinq d'après la loi de 1856; il a été réduit à trois par celle de 1867, pour que la composition du conseil fût rendue plus facile. C'est d'ailleurs un chiffre *minimum*. Mais il peut être dépassé. Et lorsque la chose est possible, il est bon qu'il soit dépassé, selon la juste remarque des auteurs, pour que le conseil de surveillance, qui ne peut fonctionner qu'autant qu'il est complet, soit toujours à même de délibérer malgré les vides qui peuvent se produire dans son sein. Aussi, dans bien des sociétés, est-il stipulé, par une clause spéciale des statuts, que le conseil de surveillance sera composé de cinq, de sept ou d'un plus grand nombre de membres. Quoi qu'il en soit, en dehors de ces stipulations, le nombre réglementaire et obligatoire est de trois au moins.

1039. Cela étant, on s'est demandé ce qui adviendrait si la société était composée de trois actionnaires, ou même moins, outre le gérant. Les membres du conseil de surveillance devant être pris parmi les actionnaires, comme nous le verrons tout à l'heure, il semble que la société ne pourrait pas être constituée en ce cas. C'est la solution émise par MM. Mathieu et Bourguignat, qui vont même jusqu'à dire que la société devrait être annulée, quoique régulièrement constituée à l'origine, si, au cours de son existence, ses titres venaient à être absorbés par moins de quatre associés, y compris le gérant (1). Ces solutions, néanmoins, sont excessives. Ainsi l'a décidé la Cour d'Aix, sous la loi de 1856, dans une espèce où il n'y avait que deux associés, le gérant et un seul commanditaire, par lequel toutes les actions avaient été souscrites. « Attendu, a-t-elle dit, qu'on ne saurait faire résulter de cette impossibilité (de former un conseil de surveillance) que l'existence de

(1) Voy. MM. Mathieu et Bourguignat (n° 65). *Comp.* M. Rivière (n° 55).

la société telle qu'elle se trouve constituée est en contradiction avec la loi, car ce serait admettre que cette loi a prohibé les sociétés en commandite par actions de moins de six personnes; que cette interdiction ne pourrait être imposée que par un texte formel; que telle n'a pas été l'intention du législateur, qui n'a eu d'autre but que de protéger les actionnaires membres des sociétés en commandite; que lorsqu'il n'y a qu'un commanditaire, il n'a pas besoin d'être représenté par un conseil; qu'il peut exercer lui-même et directement la surveillance à laquelle il est intéressé; que les dispositions invoquées de la loi du 17 juillet 1856 recevraient donc une fausse application si on leur faisait régir les cas de ce procès pour lequel elles ne sont pas faites. » (1)

La question se présente la même sous la loi de 1867; et on ne pourrait la résoudre autrement sans subordonner l'existence et la validité des sociétés en commandite par actions à une condition que ni cette loi, ni la loi générale, n'imposent, et que, tout au contraire, elles excluent virtuellement par leur texte. Qu'est-ce, en effet, que la société en commandite? C'est, d'après l'art. 23 du Code de commerce, celle qui « se contracte *entre un* ou plusieurs associés responsables et solidaires, *et un* ou plusieurs associés, simples bailleurs de fonds, que l'on nomme commanditaires. » Et c'est la société ainsi définie et caractérisée que l'art. 38 du Code de commerce autorise, sans distinction d'aucune sorte, à diviser *son capital* en actions. Le Code de commerce admet donc et reconnaît *par là* qu'une commandite, même par actions, existerait valablement et légalement, fût-elle formée entre deux associés seulement, un commandité et un commanditaire. Y aurait-il eu dérogation en ce point par la loi de 1867? En aucune manière; il ne saurait y avoir le moindre doute à cet égard. N'a-t-elle pas dit (art. 23), en s'occupant de la société anonyme, que « cette société *ne peut être constituée si le nombre des actionnaires est inférieur à sept* » (*infrà*, n° 1058)? Or, elle n'a rien dit de semblable en ce qui concerne la société en commandite par actions. C'est donc qu'elle n'a pas voulu ajouter la condition du nombre aux autres conditions qu'elle déclare nécessaires pour la constitution d'une telle société. A la vérité, il y a impossibilité matérielle, pour une société formée entre deux, trois ou quatre intéressés, y compris le gérant, de s'organiser dans les conditions ou dans les termes posés par cette loi de 1867, et spécialement de satisfaire au vœu de l'art. 5, qui prescrit l'élection *en assemblée générale* d'un conseil de surveillance *composé de trois actionnaires au moins*. Comment, en effet, élire un conseil de trois membres s'il n'y a, outre le gérant, qu'un ou deux intéressés? Et y en eût-il trois, comment pourrait-il être sérieusement question de procéder à l'élection par une assemblée dont tous les membres seraient nécessairement et tous à la fois les électeurs et les élus? Mais la seule conclusion à tirer de là, et elle a été indiquée par la Cour d'Aix, c'est que, réduite

---

(1) Aix, 18 nov. 1857 (*J. Pal.*, 1858, p. 1067; S.-V., 58, 2, 473; Dall., 58, 2, 127). *Junge*: MM. Bravard (*op. cit.*, p. 144, à la note); Alauzet (n° 465); Vavasseur (n° 139); Ameline (*op. cit.*, p. 374); Bédarride (n°s 132 et suiv.); Beslay et Lauras (n°s 529 et 530); Sourdat (*op. cit.*, p. 135); Lombard (*op. cit.*, p. 122).

à des proportions si minimes, une société en commandite par actions est absolument en dehors de l'hypothèse prévue par la loi. L'art. 5 dispose exclusivement, en vue du cas ordinaire, celui où il est fait appel au public par l'ouverture d'une souscription que viennent couvrir de nombreux souscripteurs. La surveillance directe et personnelle des intéressés ne pouvant pas être admise en principe, à raison de leur nombre même, il substitue aux actionnaires un conseil qui les représentera tous et exercera le contrôle dans l'intérêt commun. Mais lorsque toutes les actions sont aux mains d'un seul, de deux ou même de trois intéressés, un conseil de surveillance n'a pas vraiment de raison d'être. Dans ce cas, tout à fait exceptionnel et que par ce motif même le législateur a pu ne pas prévoir, les actionnaires sont les surveillants naturels de la gérance; rien ne s'oppose à ce qu'ils la surveillent personnellement. Le contrôle sera même d'autant plus réel, d'autant plus sérieux, qu'il sera directement exercé.

Ainsi, dans ce cas tout à fait en dehors des prévisions de l'art. 5, le conseil de surveillance serait un rouage inutile dont, par suite, l'absence ne saurait, en principe, nuire à la société et en compromettre l'existence. Et à plus forte raison cet article ne serait pas applicable au cas où les titres d'une société en commandite régulièrement constituée viendraient, au cours de son existence, à être absorbés par moins de quatre associés. Mais nous tenons que le conseil de surveillance deviendrait, au contraire, un rouage nécessaire de la commandite si, à l'inverse, constituée entre quatre associés ou un nombre moindre à l'origine, elle venait, par une circonstance quelconque, à s'étendre en telle sorte que ses actions se trouvassent aux mains de titulaires plus ou moins nombreux. La société se placerait par là dans l'hypothèse prévue par l'art. 5, et dès lors elle devrait compléter son organisation par l'élection d'un conseil de surveillance.

1040. L'art. 5 fixe le nombre trois comme un *minimum* au-dessous duquel les actionnaires élus ne formeraient pas un conseil de surveillance, ce qui placerait la société sous le coup de la nullité édictée par l'art. 7. Et comme, d'un autre côté, le conseil ne peut fonctionner qu'à la condition d'être complet, il en résulte que si, par un événement quelconque, absence, décès ou autrement, il descendait au-dessous du nombre réglementaire, l'assemblée générale devrait être immédiatement réunie à l'effet de remplacer le membre absent ou décédé.

Ce n'est pas à dire qu'à l'instant où le conseil de surveillance cesse d'être complet la société doive s'arrêter et suspendre ses opérations pour ne les reprendre que lorsque le conseil aura été complété. La loi a pu exiger, sous peine de nullité de la société, que les opérations sociales ne fussent pas commencées avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance auquel est confié le soin de veiller dans l'intérêt de tous. Mais elle n'a pu vouloir que, dans le cas de décès, d'absence ou de démission de l'un ou de plusieurs des membres nommés, les opérations en cours d'exécution fussent aussitôt interrompues et restassent suspendues tant qu'il n'aurait pas été pourvu aux vacances. Les affaires

commerciales demandent avant tout à être exactement suivies; les interrompre, c'est nécessairement en compromettre le succès; en sorte que, sous prétexte de protéger la société, la loi qui, dans le cas supposé, l'obligerait à s'arrêter dans sa marche, l'exposerait à des pertes à peu près certaines et peut-être à la faillite. Elle ne saurait être entendue ainsi. Et, dès lors, il est certain que, nonobstant les vacances survenues dans le conseil, l'œuvre sociale pourra être continuée sous la surveillance des membres restés en exercice, sauf ensuite au conseil, dès qu'il sera reconstitué, à reprendre les actes accomplis par la gérance jusqu'au jour de la reconstitution et à exercer son contrôle rétrospectivement.

Cependant, cette faculté de suivre et de continuer les opérations sociales ne doit pas faire perdre de vue la nécessité de rétablir dans ses conditions légales le conseil de surveillance démembré. Dans la pensée de la loi, le contrôle n'existe réellement qu'à la condition d'être exercé par le conseil composé au moins de trois membres. Donc, s'il n'était pas reconstitué, en cas de vacance, il y aurait infraction à l'art. 5, tout comme s'il n'avait jamais été établi de conseil. Par suite, la société pourrait être annulée par application de l'art. 7, et, suivant l'art. 8, les membres restés en exercice pourraient être déclarés responsables, avec le gérant, du dommage résultant de l'annulation de la société. *C'est pourquoi* il importe, lorsque, par suite d'absence, de décès ou *autrement*, le conseil cesse d'être complet, que le gérant et les membres en exercice avisent sans retard, chacun dans la sphère de son action, à ce que l'assemblée générale se réunisse et procède au remplacement des membres absents ou décédés (1). M. Vavasseur admet ce droit pour les parties intéressées de faire convoquer une assemblée générale chargée de compléter le conseil de surveillance; mais il y trouve la preuve que la société n'est pas nulle, et il conclut que « la thèse ci-dessus se détruit par une contradiction. » (2) La thèse, néanmoins, se justifie aisément; il suffit d'en préciser l'économie. Elle se résume, en définitive, dans cette double proposition : 1° si, par un événement quelconque, le conseil descend au-dessous du nombre réglementaire, ceux qui ont intérêt à ce que la société continue doivent agir pour que l'assemblée générale se réunisse et complète ce nombre; 2° et si, faute par eux d'agir, le conseil arrive au terme de son mandat *sans avoir été rétabli* dans ses conditions légales, la société pourra être annulée, par application de l'art. 7, pour contravention à l'art. 5. En quoi ces propositions sont-elles contradictoires?

1041. D'après cela, on pressent qu'il nous serait difficile de nous associer à la doctrine émise par la Cour de cassation dans un cas qui présente avec le cas précédent une assez grande analogie. Dans l'espèce, qui était régie par la loi de 1856, l'assemblée générale des actionnaires avait nommé les cinq membres exigés alors pour la constitution du

(1) Voy. M. Duvergier (*Loi de 1856*, p. 341). *Junge* M. Rivière (n° 50).
(2) Voy. M. Vavasseur (n° 139).

conseil de surveillance. Mais quatre seulement avaient accepté; le cinquième, qui avait immédiatement refusé le mandat, n'avait jamais été remplacé, en sorte que, jusqu'à l'expiration de son mandat et même au delà, c'est-à-dire pendant plus d'un an (*infrà*, n° 1050), le premier conseil de surveillance avait fonctionné avec un nombre de membres inférieur au *minimum* fixé par la loi. Dans ces conditions, la question s'est posée de savoir s'il avait été satisfait aux prescriptions de l'art. 5 et si la société pouvait être considérée comme valablement constituée. La Cour de cassation répond que dès que l'assemblée générale, immédiatement après la constitution définitive de la société et avant toute opération sociale, *a nommé* un conseil de surveillance composé de cinq actionnaires, il a été satisfait aux prescriptions de la loi; et que si l'un des actionnaires nommés pour composer ce conseil a déclaré ne vouloir pas accepter ces fonctions, ce fait postérieur n'a pu, par un effet rétroactif, vicier la constitution de la société légalement établie et tomber sous la sanction pénale de la nullité (1).

Si la solution était exacte sous la loi de 1856, elle le serait également aujourd'hui sous celle de 1867; mais l'étrangeté en ressort avec bien plus d'évidence. Sous l'empire de la loi de 1856, quand le *minimum* des membres composant le conseil était fixé à cinq, la non-acceptation de l'un, même de deux des membres nommés, laissait subsister trois surveillants dont la réunion pouvait, à tout prendre, être considérée comme constituant un *conseil*. Mais aujourd'hui que le *minimum* est abaissé à trois, supposez que deux refusent le mandat, et voilà qu'il reste un conseil composé d'un seul membre! Peut-on dire que cela satisferait aux prescriptions de l'art. 5? Nous ne le pensons pas. La loi ne s'est pas contentée, comme paraît le supposer l'arrêt de la Cour de cassation, de la *nomination* d'un conseil composé de trois membres. Elle a exigé qu'un conseil de surveillance de trois membres au moins fût *établi* dans chaque société en commandite par actions. Or, on ne peut pas dire qu'il y a un conseil de surveillance *établi* lorsque les membres qui y sont appelés par l'assemblée générale refusent d'y entrer. Vainement oppose-t-on que le refus est un fait particulier qui ne saurait, par un effet rétroactif, vicier la constitution de la société légalement établie. La question est précisément de savoir si la société est *légalement* établie quand les membres du conseil de surveillance, en totalité ou en partie, déclarent ne pas accepter le mandat qu'en les nommant l'assemblée générale leur a proposé. C'est aussi un fait postérieur à la nomination du conseil de surveillance que le décès, l'absence ou la démission, après l'entrée en exercice de ce conseil, des membres nommés. Il n'en est pas moins certain que la société tomberait sous la sanction de la nullité si le conseil était maintenu et fonctionnait sans que les membres absents, démissionnaires ou décédés, y fussent jamais remplacés. Comment peut-elle échapper à cette sanction dans le cas, absolument analogue, où le conseil reste incomplet par

(1) Voy. Rej., 14 juill. 1873 (S.-V., 74, 1, 425; *J. Pal.*, 1874, p. 1084).

suite de la non-acceptation de l'un ou de plusieurs des actionnaires nommés?...

V. — 1042. Les membres du conseil de surveillance doivent être pris parmi les actionnaires. C'est, dans la loi de 1867, art. 5, une exigence reproduite de l'art. 5 de celle de 1856. Cet article, était-il dit dans l'exposé des motifs de cette dernière loi, « veut que le conseil soit composé d'actionnaires. Des associés ne peuvent raisonnablement confier la défense de leurs intérêts qu'à ceux avec lesquels ces intérêts sont communs. Ainsi disparaîtront des conseils de surveillance ces membres parasites, dont plusieurs peuvent avoir l'honnête pensée d'accorder un patronage honorable à d'utiles entreprises, mais dont la plupart sont choisis afin que leurs noms servent en quelque sorte d'enseigne à la société, et qui acceptent le mandat de surveillance qui leur est conféré sans avoir l'intention d'apporter à son accomplissement toute la diligence, toute l'exactitude, que les actionnaires auraient le droit d'attendre d'eux. » (1) Les mêmes motifs ont déterminé le législateur de 1867. Il faut donc, aujourd'hui comme sous la loi de 1856, avoir la qualité d'actionnaire pour pouvoir être appelé au conseil de surveillance. Du reste, le titre auquel les actions sont possédées importe peu : la Cour de Paris a justement décidé que la condition est également remplie soit que l'actionnaire ait souscrit ses actions, soit qu'il les tienne de la libéralité du gérant ou qu'il les ait acquises de tiers (2).

1043. Mais s'il est nécessaire d'être actionnaire, il suffit d'avoir cette qualité : la loi n'impose aucune autre condition d'aptitude. Dans les discussions de 1856, la proposition était faite, par amendement, d'astreindre les membres du conseil de surveillance à être propriétaires d'un certain nombre d'actions. La commission de la Chambre se prononça nettement contre l'amendement. Sans doute, disait-elle, « le conseil de surveillance offrirait plus de garanties si une partie de la propriété sociale résidait dans les membres qui le composent; mais la loi se trouverait entre deux écueils. Fixer la part du gérant et celle des membres du conseil de surveillance à un chiffre trop faible, c'est s'exposer à rendre la précaution illusoire; l'élever trop haut, c'est se priver peut-être de concours utiles. La loi n'a point à intervenir dans ces sortes de stipulations... » (3) La loi de 1856 s'était abstenue, en effet, d'intervenir; celle de 1867 s'est tenue dans la même réserve. Donc, tout actionnaire, n'eût-il qu'une seule action, est dans la condition voulue pour être appelé au conseil de surveillance.

Mais la convention ne pourrait-elle pas faire ce que la loi n'a pas fait? Spécialement, les statuts ne pourraient-ils pas exiger que chaque membre fût en possession d'un certain nombre d'actions et fermer ainsi l'entrée du conseil à tout actionnaire qui n'en aurait qu'une? L'affirmative semble prévaloir dans la doctrine. Si la loi, dit-on, n'a pas voulu, entrant dans le détail d'une réglementation minutieuse, imposer à la

(1) Voy. M. Tripier (*Comment. législ. de la loi de 1856*, p. 22 et 23).
(2) Voy. Paris, 26 juill. 1861 (S.-V., 62, 2, 35 ; *J. Pal.*, 1862, p. 876).
(3) Voy. M. Tripier (*ibid.*, p. 55 et 56).

société des garanties que les circonstances peuvent rendre inutiles, i ne s'ensuit pas qu'elle ait enchaîné la liberté des conventions et prohib la stipulation de ces garanties lorsqu'elles sont jugées nécessaires (1) Nous serions porté, cependant, vers la solution contraire. La loi, faisan résulter de la seule qualité d'actionnaire le droit d'être appelé au con seil de surveillance, toute stipulation qui impose une restriction à c droit semble une exigence que le texte condamne. Aussi admettrions nous volontiers, avec M. Bédarride, que la clause supposée des statut « ne lierait les associés que si l'assemblée générale la ratifiait et l'ac ceptait en y conformant son choix. » (2) En d'autres termes, si, mêm en présence de cette clause, l'assemblée générale portait son choix su des actionnaires qui n'auraient pas le nombre déterminé d'actions, qu même en auraient une seule, il y aurait droit acquis, pour les action- naires nommés, à faire partie du conseil de surveillance.

1044. Mais si les statuts ne peuvent pas, à notre avis, restreindre le droit qu'a tout actionnaire à être nommé, ils peuvent au moins exiger, comme supplément de garantie, que les actions dont les membres élus seraient propriétaires soient inaliénables et restent attachées à la souche pendant toute la durée de leurs fonctions. Suivant la juste remarque de M. Bédarride, on opposerait en vain que la stipulation a pour effet d'immobiliser une partie de la fortune de l'actionnaire. Car, dès qu'il lui conviendra d'aliéner ses actions, il sera libre de le faire nonobstant la clause; il n'aura, pour reprendre la disposition de ses titres, qu'à se démettre de ses fonctions (3). Ceci nous conduit à préciser quelques conséquences découlant de l'obligation de prendre les membres du conseil de surveillance parmi les actionnaires.

1045. La qualité d'actionnaire étant une condition et même la seule condition d'aptitude, il est vrai de dire que tout membre du conseil de surveillance qui vient à perdre cette qualité, en aliénant ses actions, cesse à l'instant de faire partie du conseil de surveillance; il est réputé démissionnaire. Il y a donc lieu de procéder immédiatement à son remplacement dans les termes et sous les sanctions indiquées plus haut (n° 1040), en supposant, d'ailleurs, que le conseil se trouve réduit à moins de trois membres par suite de cette démission.

1046. Il en résulte aussi que des étrangers ne sauraient être adjoints aux actionnaires nommés. On a dit pourtant que la loi ne défend pas cette adjonction; qu'à la vérité, les termes de l'art. 5 présentent une certaine ambiguïté, parce que, s'ils peuvent signifier que le conseil de surveillance ne sera composé que d'actionnaires et au moins de trois, ils peuvent signifier aussi que le conseil devra compter parmi ses membres trois sociétaires au moins; et qu'il est impossible de tirer une prohibition d'une disposition ambiguë et équivoque (4). Mais la vérité est

(1) Voy. MM. Bravard (*Soc.*, p. 145, note); Mathieu et Bourguignat (n° 59); Ameline (*op. cit.*, p. 373); Beslay et Lauras (n°s 553 et suiv.); Sourdat (*op. cit.*, p. 134). *Comp.* M. Vavasseur (n° 141).

(2) Voy. M. Bédarride (n° 139). *Comp.* M. Lombard (*op. cit.*, p. 122).

(3) *Id.* (n° 138).

(4) Voy. MM. Beslay et Lauras (n°s 534 et 535).

que la déclaration contenue dans l'art. 5 n'a rien d'équivoque, ni d'ambigu. Il suffit de se reporter aux motifs qui ont déterminé le législateur (*suprà*, n° 1042) pour reconnaître qu'en exigeant l'établissement dans chaque société en commandite par actions d'un conseil de surveillance composé *de trois actionnaires au moins,* il a entendu dire que, seuls, les sociétaires pourraient faire partie de ce conseil. Sa pensée a été de confier la surveillance à des personnes qui, agissant dans leur intérêt propre aussi bien que dans l'intérêt des autres associés, se montreraient par cela même d'autant plus diligentes. Or, le fait d'introduire dans le conseil des personnes étrangères à la société serait assurément contraire à cette pensée. Et, y fussent-elles introduites en nombre insuffisant pour constituer une majorité, la composition du conseil n'en serait pas moins irrégulière (1).

1047. Du reste, ce n'est pas à dire que la nomination d'un étranger dût avoir pour effet nécessaire d'entraîner la nullité de la société, par application de l'art. 7. C'est, en effet, une autre conséquence du principe ci-dessus que celui qui, sans avoir la qualité d'actionnaire, est appelé au conseil et accepte le mandat, est, par cela même, réputé souscripteur. La Cour de Paris a déduit la conséquence dans une espèce régie par la législation antérieure à la loi du 17 juillet 1856, par conséquent, lorsqu'il n'était pas prescrit que les membres du conseil de surveillance eussent la qualité d'actionnaires. Elle a décidé, en effet, que lorsque les statuts portent que nul ne pourra être membre du conseil qu'à la condition de posséder un nombre déterminé d'actions, les personnes élues sont, en l'absence même de toute souscription effective, réputées avoir souscrit le nombre d'actions exigé, par cela seul qu'elles ont accepté la qualité de membres du conseil, alors surtout qu'en outre elles en ont rempli les fonctions (2). Cela serait vrai, à plus forte raison, sous l'empire de la loi actuelle, sauf, néanmoins, une réserve. La Cour de Paris donne effet à la clause des statuts exigeant la possession d'un nombre déterminé d'actions pour pouvoir être appelé au conseil de surveillance. Une telle clause n'étant pas obligatoire, à notre avis (*suprà*, n° 1043), nous disons, en modifiant la solution de l'arrêt, que si un tiers étranger à la société acceptait les fonctions de membre du conseil de surveillance auxquelles il serait appelé, il devrait être considéré comme se portant par là même souscripteur d'une action au moins (3).

VI. — 1048. La loi de 1867 n'a pas fixé la durée du mandat conféré aux membres du conseil de surveillance, si ce n'est en ce qui concerne le premier conseil. C'est le second point sur lequel cette loi a modifié, mais en partie seulement, les dispositions de celle de 1856. D'après l'art. 5 de celle-ci, le conseil était soumis à la réélection *tous les cinq ans au moins*. La loi de 1867, en maintenant le principe de l'élection, en a laissé l'application à la liberté des conventions. Elle décide, par

(1) Voy. M. Rivière (n° 55, *in fine*).
(2) Paris, 16 avr. 1861 (Dall., 61, 2, 122; *J. Pal.*, 1861, p. 462; S.-V., 61, 2, 414).
(3) Voy. M. Bravard (*Soc.*, p. 145, à la note).

l'art. 5, que le conseil est soumis à la réélection *aux époques et suivan* *les conditions déterminées par les statuts.* La durée des pouvoirs d conseil n'est pas autrement fixée. Ainsi, toute clause stipulée dans ce ordre d'idées est obligatoire, pourvu qu'elle respecte le principe d l'élection. Par exemple, on ne pourrait pas stipuler qu'un conseil d surveillance sera établi pour toute la durée de la société; car, par se termes mêmes, la loi implique l'idée de réélections nécessaires à de époques déterminées par les statuts. De même, il serait inutilemen stipulé que les membres sortants ne pourront pas être réélus; car, pa cela même qu'en soumettant le conseil à la *réélection* la loi ne déclar pas que les membres sortants ne pourront pas être réélus, elle suppos qu'ils sont indéfiniment rééligibles (1). Mais, sous la réserve de ce clauses et de toutes autres de même nature, l'existence des conseils de surveillance est laissée à la convention des parties. C'est la dispositio de la loi, et on n'en peut méconnaître la sagesse. Mieux que la loi ellemême, les intéressés peuvent, en se réglant sur le caractère des opérations sociales et sur la nature de la société, fixer le temps pendant lequel il convient de laisser le conseil de surveillance en exercice et les conditions de la réélection.

1049. Toutefois, cela n'est pas applicable au premier conseil de surveillance, à celui dont nous avons particulièrement à nous occuper dans cette partie de nos explications. Ce conseil, comme nous l'avons indiqué déjà, doit être nommé par l'assemblée générale des actionnaires immédiatement après la constitution de la société et avant toute opération sociale. Et il ne peut être nommé *que pour une année.* Le législateur a craint que « la confiance de la première heure ne donnât naissance à un conseil de surveillance disposé à contrôler mollement les actes de la gérance. » (2) A l'expiration de l'année, les intéressés ayant vu à l'œuvre les mandataires choisis pour ainsi dire à l'improviste, pourront, cette fois en pleine connaissance de cause, les maintenir par une réélection ou leur en substituer d'autres, suivant qu'ils auront trouvé en eux des surveillants sérieux ou inexacts.

1050. Nommés pour une année seulement, les membres du premier conseil doivent être soumis à la réélection à l'expiration du terme expressément fixé par l'art. 5. Si cependant l'assemblée générale n'était pas réunie pour procéder à l'élection, et si, sans être réélus, ils continuaient leurs fonctions au delà de ce terme, quelle serait la conséquence? La question a été soumise à la Cour de cassation dans une affaire régie par la loi de 1856, et dont nous avons eu à nous occuper déjà (*suprà,* n° 1041). Dans l'espèce, le conseil de surveillance était resté en exercice depuis le 22 janvier 1863 jusqu'au 22 juin 1864, c'est-à-dire pendant dix-sept mois, l'assemblée générale, qui s'était réunie le 30 janvier 1864, ayant omis de le renouveler. On a soutenu devant la Cour de cassation, comme on avait soutenu devant les juges

(1) Voy. MM. Mathieu et Bourguignat (n° 62). — Voy. cependant M. Vavasseur (n° 140).
(2) Voy. notamment le Rapport sur la loi de 1867 (Tripier, t. I, p. 119).

du fond, qu'il y avait manquement à l'une des prescriptions de la loi, et que la nullité de la société était encourue aux termes de l'art. 6 (7 de la loi de 1867) qui prononce la nullité pour toutes les infractions, sans en excepter aucune. Mais la Cour, rejetant la prétention, a déclaré « que la société ayant été régulièrement constituée à son origine, la circonstance que le premier conseil de surveillance, dont les membres, d'ailleurs, étaient rééligibles, aurait continué ses fonctions au delà du terme d'une année, avec l'assentiment tacite des actionnaires, ne pouvait pas tomber sous le coup de la sanction pénale de l'art. 6, *dont les dispositions impératives sont restreintes et limitées aux vices inhérents à la constitution même de la société.* » (1) Cette dernière considération est ici juste et fondée autant qu'elle l'était peu, appliquée au cas particulier examiné *suprà,* n° 1041. Il est évident, en effet, que la nécessité imposée par la loi de pourvoir à la réélection du conseil de surveillance à l'expiration du terme fixé ne tient pas à la *constitution primitive* de la société. Il serait donc exorbitant d'appliquer, à raison de l'omission, une nullité qui, soit d'après la loi de 1856 (art. 6), soit d'après celle de 1867 (art. 7), n'a manifestement été attachée qu'à l'infraction aux prescriptions portées dans les art. 1 à 5 *pour la constitution de la société.* Le fait, par les membres du conseil de surveillance qui continuent leurs fonctions alors qu'elles ont légalement pris fin, peut tout au plus les exposer à une responsabilité, soit à raison de ce fait même, soit à raison des fautes commises pendant la durée de leur mandat ou après. Encore même ne serait-ce que la responsabilité de droit commun, et non la responsabilité spéciale édictée par l'art. 8 de la loi de 1867 (7 de celle de 1856), pour le cas où la société est déclarée nulle, comme ayant été constituée en violation des prescriptions de cette loi (2). Nous revenons sur ce point dans le chapitre III de ce titre, en nous occupant des sanctions.

1051. En sens inverse, on s'est demandé si les membres du conseil de surveillance pourraient être révoqués et remplacés avant l'expiration du terme assigné à leurs fonctions. Nombre d'auteurs tiennent qu'ils peuvent à tout instant être révoqués. Telle est, disent-ils, la nature du mandat; et les membres du conseil de surveillance ne sont, après tout, que des mandataires. A la vérité, la loi, par une disposition spéciale, exige la réélection du conseil à des époques déterminées. Mais cela tient à un sentiment exagéré de protection en faveur des actionnaires, et l'on n'en saurait induire que le législateur s'est écarté ici, en principe, du droit commun auquel il faut toujours revenir dès qu'il n'y a pas été expressément dérogé. Il serait d'ailleurs étrange et bien anormal que des mandataires pussent retenir le mandat contre le gré des mandants dont ils auraient perdu la confiance (3). Quelque graves qu'elles puissent paraître, ces considérations ne sont pas décisives. Elles procèdent, ce

(1) Voy. l'arrêt de rejet du 14 juillet 1873, cité plus haut sous le n° 1041.
(2) Voy. Lyon, 24 juin 1871 (S.-V., 72, 2, 94; *J. Pal*, 1872, p. 468).
(3) Voy. MM. Rivière (n° 61); Alauzet (n° 467); Beslay et Lauras (n°s 550 et suiv.). *Comp.* M. Vavasseur (n° 140).

nous semble, d'une appréciation inexacte du caractère de la missio confiée aux membres du conseil de surveillance. Sans doute, ils tien nent leur pouvoir des actionnaires qui les ont nommés en assemblé générale; mais les fonctions qu'ils remplissent, tout en participant d mandat, sont autre chose et plus que le mandat ordinaire. C'est la lo qui le crée, disent très-exactement MM. Mathieu et Bourguignat, et qu en détermine elle-même les éléments et l'étendue. Si ceux qui en son investis peuvent encourir une responsablité vis-à-vis des actionnaires leurs mandants, ils sont avant tout responsables envers la loi qui trac leurs devoirs dans un intérêt supérieur d'ordre public (1). Ajoutons, d'ailleurs, que cette responsabilité même implique l'idée d'une certaine indépendance pour l'exercice des fonctions dans lesquelles elle est engagée. Or, cette indépendance n'existerait réellement pas si la situation des membres du conseil était incessamment menacée et pouvait dépendre du caprice ou de la mauvaise humeur d'un ou de plusieurs actionnaires mécontents, qui, l'assemblée générale étant réunie, entraîneraient une majorité d'actionnaires à voter la révocation. D'après cela, nous concluons qu'en principe les membres du conseil de surveillance ne sont pas révocables *ad nutum* comme des mandataires ordinaires.

Mais, bien entendu, nous admettons leur révocabilité pour cause déterminée, dont les tribunaux pourraient être les appréciateurs et les juges.

VII. — 1052. Il ne nous reste plus qu'à parler des attributions du conseil de surveillance. Il en est de communes à tous les conseils; nous les préciserons dans le titre suivant en traitant du fonctionnement de la société en commandite par actions. Mais le premier conseil de surveillance a en outre des attributions spéciales qui se rattachent à la constitution même de la société, et qui, par ce motif, sont les seules dont nous ayons à nous occuper quant à présent.

1053. D'après l'art. 6 de la loi du 24 juillet 1867, « ce premier conseil doit, immédiatement après sa nomination, vérifier si toutes les dispositions contenues dans les articles qui précèdent ont été observées. » Cette disposition n'existait pas dans la loi de 1856. Néanmoins, l'art. 7 disposait que, dans le cas d'annulation de la société constituée contrairement à l'une des prescriptions énoncées dans les articles précédents, les membres du conseil de surveillance pouvaient être déclarés responsables de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination. Cela supposait que, pour se mettre à l'abri de la responsabilité, les membres du conseil avaient à rechercher avant tout si la société avait été régulièrement constituée. Aujourd'hui, la vérification est imposée en termes exprès. Il avait été proposé même par amendement d'obliger le conseil à en faire constater l'accomplissement, en exigeant « qu'il fît dresser, contradictoirement avec le gérant, chez le notaire de la société, un procès-verbal relatant et justifiant comment il avait été

(1) Voy. MM. Mathieu et Bourguignat (nº 64). *Junge* : MM. Bédarride (nº 143); Sourdat (*op. cit.*, p. 156 et 157).

obéi aux prescriptions des art. 1 à 5, et que lecture de ce procès-verbal fût donnée à la première assemblée générale. » Mais l'on estima que « *l'obligation* imposée au conseil de surveillance par l'art. 6 de vérifier immédiatement après sa nomination si toutes les dispositions contenues dans les articles qui précèdent ont été observées constituait une suffisante garantie, et qu'il ne fallait pas multiplier les frais par des formalités qui ne sont pas indispensables. » (1) Il suffit donc, mais il est nécessaire que, dès sa première séance, le conseil de surveillance s'assure de l'accomplissement de toutes les conditions, soit intrinsèques, soit extrinsèques, auxquelles est subordonnée la constitution de la société; qu'il vérifie s'il est lui-même régulièrement institué, si les apports en nature et les avantages particuliers ont été l'objet d'appréciations et d'approbations faites conformément aux prescriptions de l'art. 4; s'il a été satisfait aux dispositions de l'art. 1er, relatives à la division du capital social, à la souscription de ce capital, au versement obligatoire du premier quart, à la déclaration du gérant, etc.

1054. Les membres du premier conseil de surveillance sont tenus de faire la vérification par eux-mêmes. Ils manqueraient à leur devoir s'ils s'en rapportaient aux assurances qui pourraient leur être données par les gérants ou par les fondateurs. C'était là un point de doctrine admis sous la loi de 1856. La Cour d'Agen s'en était écartée en décidant, par un arrêt déjà apprécié sur d'autres points (*suprà*, nos 895 et 963), que le conseil de surveillance n'est pas garant de l'exactitude de la déclaration notariée du gérant constatant le versement préalable du quart du montant de chaque action. Mais l'arrêt a été cassé (2). Et il avait été reconnu ultérieurement par la jurisprudence que la responsabilité du conseil de surveillance n'était en aucune façon couverte par la fausse déclaration du gérant, le premier devoir des membres du conseil étant de s'assurer par eux-mêmes de l'exactitude de cette déclaration. La Cour de cassation jugeait spécialement qu'ils sont personnellement responsables de la nullité de la société prononcée, soit pour défaut de souscription de la totalité du capital social, soit pour défaut de versement préalable du quart, lorsqu'au lieu de s'assurer par eux-mêmes de l'accomplissement sincère et régulier de ces conditions, en examinant, comme c'était leur droit et leur devoir, les bulletins de souscription et en vérifiant l'état de la caisse, ils avaient accepté aveuglément la déclaration du gérant et la liste des souscripteurs y annexée (3). On déciderait de même, à plus forte raison, sous l'empire de la loi actuelle.

D'un autre côté, la mission donnée au conseil de surveillance a un caractère exclusivement personnel. Les membres en sont nommés à raison de leurs aptitudes spéciales, et, à cause de cela, il est générale-

---

(1) Voy. le *Comment. législ.* de M. Tripier (t. I, p. 232).

(2) Voy. l'arrêt de la Cour d'Agen du 6 déc. 1860 et l'arrêt de cassation du 11 mai 1863 (Dall., 61, 2, 60; 63, 1, 213; S.-V., 61, 2, 299; 63, 1, 284; *J. Pal.*, 1861, p. 1039; 1863, p. 767).

(3) Voy. l'arrêt de la Cour d'Aix du 16 mai 1860 et l'arrêt de rejet de la chambre des requêtes du 24 avr. 1861 (Dall., 60, 2, 118; 61, 1, 428; S.-V., 60, 2, 439; 62, 1, 182; *J. Pal.*, 1861, p. 183; 1862, p. 527).

ment admis qu'ils ne doivent et ne peuvent pas se faire remplacer dans l'exercice des fonctions dont ils sont investis (1). Bien plus, ils sont tous également tenus de donner leurs soins à la surveillance qui leur est confiée, et ne sauraient s'en décharger les uns sur les autres. La Cour de Lyon décide, en ce sens, que la délégation donnée par le conseil de surveillance à des sous-commissions prises dans son sein, en vue de certaines vérifications à faire, n'a pas pour effet d'exonérer les autres membres de toute responsabilité relative à ces vérifications, une délégation de cette sorte ne pouvant produire les effets légaux qu'une substitution de pouvoir produit en matière civile (2). Ces solutions, quoique relatives aux obligations générales du conseil de surveillance fonctionnant après la constitution de la société et pendant son existence, sont applicables à l'obligation spéciale dont est tenu le premier conseil, aux termes de l'art. 6.

1055. Cependant, il ne faut pas perdre de vue le but que s'est proposé le législateur en exigeant qu'immédiatement après sa nomination le premier conseil de surveillance vérifie si toutes les conditions contenues dans les art. 1 à 5 ont été observées. « Ce qui vaut mieux que prononcer des nullités, est-il dit au rapport de la commission, *c'est les prévenir*. Le projet s'efforce d'atteindre ce but, et, après avoir imposé aux gérants des devoirs qui trouveront leurs sanctions dans des dispositions spéciales, il place ces devoirs sous le contrôle *du premier conseil de surveillance, qu'il associe aux obligations et aux responsabilités des gérants.* » C'est donc à dire que, dans le cas d'infraction constatée aux dispositions contenues dans les art. 1 à 5, les membres du conseil de surveillance sont dans l'obligation, non pas de laisser la société sous le coup de la nullité édictée par l'art. 7, mais plutôt de *prévenir* cette nullité, en corrigeant les irrégularités commises, et en faisant ainsi que la société, dans sa constitution, soit lavée du vice dont, par le fait ou la faute des gérants ou des fondateurs, elle a été originairement affectée. Il faut supposer, bien entendu, des irrégularités de nature à être corrigées. Il en est qui ne seraient pas réparables, par exemple celle qui résulterait de l'infraction aux dispositions relatives à la souscription du capital social ou du versement obligatoire du premier quart. Mais en tant que les omissions ou les erreurs sont réparables, il appartient au premier conseil de surveillance de prendre les mesures nécessaires pour en procurer la réparation. Il avisera à ce que la société se trouve régulièrement constituée avant le commencement des opérations sociales. C'est ainsi qu'il remplira, selon l'esprit de la loi, la mission spéciale que lui impose l'art. 6, et que, selon l'expression du rapport de la commission, *il est associé aux obligations des gérants.*

1056. Lorsque, par application de l'art. 7, la société est annulée comme constituée contrairement aux prescriptions des art. 1 à 5, «*les*

---

(1) Voy. MM. Rivière (n° 60); Bédarride (n° 146); Alauzet (n° 466); Mathieu et Bourguignat (n° 63). — Voy. cependant M. Ameline (*op. cit.*, p. 375).

(2) Voy. Lyon, 11 juill. 1873 (S.-V., 74, 2, 73; Dall., 74, 2, 209; *J. Pal.*, 1874, p. 346).

membres du premier conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables, avec le gérant, des dommages résultant, pour la société ou pour les tiers, de l'annulation de la société. » (Art. 8, § 1.) L'annulation de la société, en établissant qu'il n'a pas été satisfait à telle ou telle disposition de la loi, prouve en même temps que, de son côté, le conseil de surveillance n'a pas exactement rempli le devoir que lui imposait l'art 6 de vérifier si elles avaient été observées toutes. La responsabilité de ses membres se trouve par là même engagée; et c'est ainsi, peut-on dire encore avec le rapport, que le premier conseil *est associé aux responsabilités des gérants.*

Nous n'avons pas à nous occuper ici de cette responsabilité en elle-même, de son caractère, de son étendue, de ses effets; nous y reviendrons dans le dernier chapitre de ce titre, en traitant des sanctions attachées par la loi à l'inobservation des conditions auxquelles elle subordonne l'existence ou la validité des sociétés. Nous nous bornons, quant à présent, à préciser que la responsabilité, aujourd'hui, ne peut atteindre que ceux à qui est imposée l'obligation de s'assurer de l'accomplissement régulier de ces conditions, et qu'ainsi les membres du premier conseil de surveillance seulement y sont exposés. C'est la disposition formelle et expresse de l'art. 8 précité. Et, en cela, ce texte a levé le doute que faisaient naître les termes généraux de la loi de 1856. L'art. 7 exprimait que, lorsque la société était annulée pour contravention aux prescriptions des articles précédents, « les membres du conseil de surveillance » pouvaient être déclarés responsables. Ainsi, la loi ne distinguait et ne précisait pas, et l'on en concluait que l'annulation de la société étant poursuivie, on pouvait rechercher indistinctement les membres de tous les conseils de surveillance qui s'étaient succédé, et spécialement ceux qui étaient en exercice au moment de la poursuite. L'induction ne serait plus possible aujourd'hui : ce sont les membres du premier conseil de surveillance seulement qui peuvent être recherchés. « Autant il est rationnel et légitime, dit le rapport de la commission, de charger le premier conseil, sous les peines déterminées par la loi, de vérifier si les conditions fondamentales de la société ont été observées, autant il semble excessif et injuste d'astreindre à de tels devoirs les conseils qui viennent après lui, car ceux-ci doivent supposer, par cela même que la société vit et fonctionne, que les conditions de sa vie légale ont été complétement observées. Le projet, en limitant l'obligation *au premier conseil*, dissipe toute obscurité et place la responsabilité là où est vraiment la faute. » (1)

(1) *Comment. législ.* de M. Tripier (t. I, p. 120 et 121).

§ VI. — DE QUELQUES AUTRES CONDITIONS RELATIVES A LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES.

SOMMAIRE.

I. 1057. Ces conditions ont trait : 1° au nombre d'associés au-dessous duquel la société ne peut être constituée; 2° à la nomination des premiers administrateurs et des commissaires pour la première année; 3° à la tutelle administrative.

II. 1058. D'après l'art. 23 de la loi de 1867, la société ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à sept. Motifs de la limitation. — 1059. C'est la reproduction de l'art. 2 de la loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, mais avec des modifications qui restreignent la portée de la disposition. — 1060. La sanction de l'art. 23 n'est pas dans l'art. 38, qui a en vue une hypothèse différente, mais dans l'art. 41.

III. 1061. Même constituée, la société doit, à peine de nullité, avant de commencer ses opérations, compléter son organisation par la nomination des premiers administrateurs et des commissaires pour la première année, art. 25. — 1062. A cet effet, une assemblée générale doit être convoquée à la diligence des fondateurs : quelle est cette assemblée et quels en doivent être la composition et le mode de votation ? Renvoi. — 1063. Toutefois, le pouvoir de nommer les administrateurs n'appartient plus à l'assemblée seulement; ils peuvent, d'après la loi de 1867, être nommés par les statuts. — 1064. Ils sont nommés : par l'assemblée, pour six ans au plus; et, par les statuts, pour trois ans au plus, en tant que leur désignation est faite avec stipulation que la nomination ne sera pas soumise à l'assemblée générale. — 1065. En toute hypothèse, ils sont rééligibles, sauf stipulation contraire : renvoi. — 1066. Lorsque les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale, le procès-verbal de la séance doit constater leur acceptation. *Quid* dans le cas où les administrateurs et les commissaires nommés ne sont pas présents à la réunion ? et dans celui où la nomination est faite par les statuts ?

IV. 1067. Quoique les sociétés anonymes soient désormais affranchies de la tutelle administrative, la nécessité de l'autorisation subsiste encore pour certaines associations, et, en quelques hypothèses, pour la conversion des sociétés antérieures à la loi de 1867 : textes et division. — 1068. Du cas où les sociétés anciennes désirent rester sous le régime de l'autorisation, en vertu de l'art. 46, § 1er : elles continuent alors à être soumises aux dispositions qui les régissent. — 1069. Par suite, l'autorisation du gouvernement exigée par la loi en vigueur au moment de leur constitution pour les modifications aux statuts reste encore nécessaire : exemples et applications. — 1070. Du cas où les sociétés anciennes veulent se convertir en sociétés libres, aux termes de l'art. 46, § 2 : elles doivent obtenir l'autorisation du gouvernement — 1071. Et observer les formes prescrites pour la modification de leurs statuts. — 1072. Mais il est dérogé à tous égards à ces règles en ce qui concerne les associations de la nature des tontines et les sociétés d'assurances : texte des art. 66 et 67. — 1073. Les associations de l'espèce, même créées après la loi de 1867, restent sous la surveillance administrative. — 1074. Applications : spécialement des sociétés d'assurances mutuelles formées pour le remplacement militaire. — 1075. Quant aux sociétés d'assurances autres que sur la vie qui existaient avant la loi de 1867, elles sont régies par la disposition transitoire de l'art. 67. — 1076. En conséquence, elles n'ont pas besoin de l'autorisation du gouvernement pour opérer leur conversion dans les termes de la loi nouvelle. — 1077. Et cela, même en ce qui concerne les sociétés d'assurances *à primes fixes*.

I. — 1057. Nous avons à étudier dans ce paragraphe plusieurs dispositions de la loi de 1867 afférentes à la constitution des sociétés anonymes spécialement. La première de ces dispositions, contenue dans l'art. 23, fixe le nombre d'associés au-dessous duquel la société anonyme ne peut pas être constituée. La seconde, contenue dans l'art. 25, a trait à la nomination des premiers administrateurs et des commissaires pour la première année, mesure qui, au point de vue de la constitution, est, aux sociétés anonymes, ce qu'est, aux sociétés en commandite, l'établissement du conseil de surveillance dont il est question

dans le paragraphe qui précède. Les dernières, enfin, que nous trouvons dans les art. 21, 46, 66 et 67, se rapportent à la tutelle administrative, qui, bien que supprimée désormais en principe, subsiste encore néanmoins et rend nécessaire l'autorisation du gouvernement pour certaines associations et, en quelques hypothèses, pour la transformation en sociétés libres de sociétés dont le premier établissement avait dû être autorisé. Reprenons ces divers points successivement.

II. — 1058. La loi n'admet pas qu'une société anonyme puisse se constituer si le nombre des associés est inférieur à sept. C'est la disposition de l'art. 23. Elle est la reproduction de l'art. 2 de la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, qui, elle-même, s'était inspirée de la loi anglaise. La même limitation a été consacrée depuis par la loi belge du 18 mai 1873 : à l'exemple des législations française et anglaise, cette loi dispose « qu'une société anonyme n'est définitivement constituée que si le nombre des associés est de sept au moins. » (Art. 29.)

Pourquoi cette restriction? Ce chiffre de sept, a-t-on dit dans la discussion de la loi, paraît être un chiffre de fantaisie. Dès qu'on décrète la liberté des associations de capitaux, pourquoi six, quatre, même deux personnes, voulant créer entre elles une société anonyme, ayant les capitaux nécessaires pour le faire, ne le pourraient-elles pas? Pourquoi leur imposer la nécessité de compléter le nombre sept, et par suite d'interposer d'autres personnes qui ne seront là que pour donner à la loi une satisfaction illusoire (1)? Il a été répondu d'abord que, réduite à trois, quatre ou cinq personnes, la société n'arriverait pas à s'organiser, puisqu'on n'y trouverait pas les éléments d'un conseil d'administration et les éléments d'une assemblée générale. Mais, en outre, on a répondu qu'une société anonyme composée de moins de sept personnes, représentant en presque totalité l'administration de la société, ressemblerait trop, dans ses relations avec les tiers, à une société en nom collectif, leur ferait illusion sur sa véritable nature, et pourrait les engager ainsi dans une confiance trompeuse. Car les tiers, après avoir cru sur l'apparence traiter avec une société de personnes indéfiniment responsables, se trouveraient en face d'une société anonyme, c'est-à-dire d'une responsabilité limitée au capital social (2). Telle est la raison véritable de la loi; et en se reportant à l'Exposé des motifs de celle du 23 mai 1863, on voit que c'est précisément cette raison qui avait déterminé la disposition de l'art. 2, dont, comme nous l'avons dit, l'art. 23 da la loi actuelle est la reproduction.

1059. Notons, cependant, que la reproduction n'est pas littérale et entière. « Le nombre des associés *ne peut être* inférieur à sept », portait l'art. 2 de la loi de 1863. Il résultait des termes généraux de cette formule non-seulement que la société ne pouvait pas *se constituer* avec moins de sept personnes, mais encore qu'elle devait *cesser d'exister* si

---

(1) Voy. les observations de M. E. Picard (Tripier, t. II, p. 155 et 157).

(2) Voy. les réponses de MM. Mathieu, rapporteur, et Cornudet, commissaire du gouvernement (*ibid.*, p. 155 et suiv.).

après sa constitution, même regulière, le nombre des associés descendait au-dessous de sept. Et, en effet, prévoyant la réduction après coup du nombre des associés, le législateur y voyait une cause certaine et nécessaire de dissolution. « La dissolution *doit être prononcée,* sur la demande de tout intéressé, portait l'art. 21, lorsque six mois se sont écoulés depuis l'époque où le nombre des associés a été réduit à moins de sept. » Or, ni ce dernier article, ni l'art. 2, n'ont été reproduits dans les mêmes termes dans les articles correspondants de la loi de 1867. Dans l'art. 38, qui statue en vue de la réduction du nombre des associés, il est dit : « La dissolution *peut être* prononcée sur la demande de toute partie intéressée, lorsqu'un an s'est écoulé depuis l'époque où le nombre des associés est réduit à moins de sept. » Ainsi, la dissolution n'est plus obligatoire; elle est simplement facultative, car non-seulement elle peut être ou n'être pas demandée par une partie intéressée, mais, même demandée, elle peut être ou n'être pas prononcée par les tribunaux. Et c'est précisément pour cela qu'à la formule de la loi de 1863, reproduite dans le projet du gouvernement, les rédacteurs de la loi de 1867 en ont substitué une autre moins générale et moins compréhensive. « Votre commission a pensé, a dit le rapporteur, que cette rédaction était en désaccord avec l'art. 38, qui prévoit le cas où le nombre des associés serait descendu au-dessous de ce chiffre, par la concentration imprévue dans quelques mains des actions représentant le capital social. Cet article, il est vrai, fait de cette circonstance une cause de dissolution facultative pour les tribunaux; mais il n'en résulte pas moins que la société pourra subsister avec un nombre d'associés inférieur à sept. L'art. 23 veut seulement affirmer la nécessité d'un nombre d'associés égal au moins à sept *au moment de la constitution de la société.* » (1) Et c'est pour exprimer cette pensée que l'art. 23 a été formulé en ces termes : « *La société ne peut être constituée,* si le nombre des associés est inférieur à sept. »

1060. Il ne faut donc pas dire, avec MM. Mathieu et Bourguignat, que, dans la loi de 1867, l'art. 38 *est la sanction* de l'art. 23 (2). Cela ne saurait être; car les deux articles statuent à des points de vue absolument différents. L'art. 38 prend la société *après sa constitution,* et, supposant qu'elle a satisfait, en se constituant, à toutes les conditions imposées par la loi, même à celle de nombre, il prévoit le cas où, par l'effet d'événements ultérieurs, le nombre des associés est descendu au-dessous du *minimum* nécessaire, et décide que, dans ce cas, la société pourra être obligée *à s'arrêter et à se dissoudre.* Quant à l'art. 23,

(1) Voy. *ibid.* (t. I, p. 164).

(2) MM. Mathieu et Bourguignat (n° 229). — M. Alfred de Courcy (*op. cit.*, p. 170 et suiv.) fait remarquer, non sans raison, que, loin d'être la sanction de l'art. 23, l'art. 38 rend possible ce que précisément le législateur a voulu prohiber. Car, deux ou trois associés pourraient introduire dans l'acte de société des complaisants qui, dès le lendemain, seraient écartés, et se ménager par ce moyen la possibilité de consacrer un certain capital à une opération périlleuse dont ils entendraient rester seuls maîtres, et de s'affranchir de la responsabilité personnelle par la fiction d'un acte de société anonyme

il s'occupe *de la constitution même de la société*. Il a en vue la société *en formation*, c'est-à-dire quand elle n'existe pas encore; et, faisant du nombre de sept associés une condition nécessaire de sa constitution, il déclare qu'elle *ne pourra être constituée* si, à ce moment où elle voudrait se former, le nombre de ses futurs membres est inférieur à sept. Il est par trop évident qu'il ne saurait être question ici de l'art. 38 ni à titre de sanction, ni autrement. La vérité est que l'infraction à l'art. 23 a sa sanction dans l'art. 41, d'après lequel « est nulle et de nul effet, à l'égard des intéressés, toute société anonyme pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des art. 22, 23, 24 et 25. » (1) Elle ne saurait trouver sa sanction dans la dissolution, par application de l'article 38, d'une société *qui, n'ayant pas pu être constituée* aux termes de la loi, n'a pas à être dissoute.

Sans insister davantage sur cette condition de nombre qui, par quelques détails, se rattache à la matière de la dissolution où nous la retrouverons, nous passons à la seconde des conditions ci-dessus indiquées.

III. — 1061. La société anonyme ne peut, pas plus que la société en commandite par actions, entrer en exercice et fonctionner avant d'avoir complété son organisation (*suprà*, n° 1025). Si elle n'a pas de gérant, comme la commandite, elle a des administrateurs; si elle n'a pas non plus de conseil de surveillance, elle doit avoir des commissaires (art. 32). Or, il faut qu'avant de commencer les opérations sociales, elle institue ce personnel administratif. La condition est nécessaire à ce point que, nonobstant l'accomplissement des faits d'où résulte, en général, d'après les art. 1 et 4, la constitution définitive des sociétés de capitaux (souscription du capital social, versement du quart, approbation des apports en nature et des avantages particuliers), la société anonyme, dans la pensée de la loi, n'est constituée qu'à partir de l'acceptation dûment constatée des administrateurs et des commissaires nommés. C'est l'indication fournie par les dernières dispositions de l'art. 25 que nous avons à étudier dans son ensemble.

1062. Aux termes de cet article, « une assemblée générale est, dans tous les cas, convoquée à la diligence des fondateurs, postérieurement à l'acte qui constate la souscription du capital social et le versement du quart du capital qui consiste en numéraire. Cette assemblée nomme les premiers admistrateurs; elle nomme également, pour la première année, les commissaires institués par l'art. 32. » En cette partie, l'art. 25 de la loi de 1867 n'a fait que s'approprier l'art. 6 de celle du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée; il en reproduit littéralement la première disposition. Nous n'avons pas, d'ailleurs, à y insister, bien des explications déjà fournies trouvant ici leur application. En effet, on peut se demander, comme à propos de l'art. 5 relatif à la nomination du conseil de surveillance établi dans chaque société en commandite par actions, quelle est l'assemblée dont l'art. 25 entend parler,

(1) Sous ce rapport, la loi de 1867 diffère de celle de 1863 en ce que l'art. 24 de celle-ci n'avait pas mis l'art. 2 au nombre des dispositions dont l'inobservation était susceptible de faire annuler la société.

quels en doivent être la composition et le mode de votation. Or, sur ces points, nous n'avons qu'à nous référer à des solutions déjà formulées. Ainsi, sur le premier, nous rappelons : 1° que lorsqu'il n'y a ni apports en nature, ni avantages stipulés, ce qui est le cas en vue duquel l'art. 25 dispose, cet article entend parler d'une assemblée générale spécialement convoquée, laquelle est la *première* assemblée qui, aux termes de l'art. 24, est appelée à vérifier la sincérité de la déclaration notariée dont nous aurons à nous occuper dans le chapitre suivant relatif aux conditions extrinsèques; et 2° que lorsqu'il y a stipulation d'apports en nature ou d'avantages particuliers, l'assemblée générale qui, d'après l'art. 4, doit statuer sur l'approbation, a qualité pour procéder à la nomination des premiers administrateurs et des commissaires pour la première année (*suprà,* nos 1033 et 1034). — Quant au second point, il est spécialement réglé par l'art. 27, § 2, et par l'art. 30, dont les dispositions sont communes à l'assemblée générale dont il s'agit ici, et à celles qui ont à délibérer soit sur l'approbation des apports, soit sur la sincérité de la déclaration notariée des fondateurs. Il nous suffit donc de nous référer à ce que nous avons dit touchant la composition de l'assemblée, le mode de votation et la majorité requise, en traitant de la vérification et de l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers (*suprà,* nos 1001 et 1006); sur tous ces points, les mêmes règles sont applicables à l'assemblée générale qui nomme les premiers administrateurs et les commissaires pour la première année.

1063. Du reste, l'assemblée générale n'a plus seule le pouvoir de faire cette nomination. L'art. 6 de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée le lui attribuait exclusivement, sinon en termes exprès, au moins virtuellement. Mais, en reproduisant les dispositions de cet article, la loi de 1867 les a modifiées en ce point, par un tempérament dont l'*Exposé des motifs* a précisé l'objet et l'intérêt en ces termes : « On comprend que les fondateurs d'une société, soit qu'ils en aient conçu la pensée, soit qu'ils aient fourni la plus grande partie de l'apport social, ou même ce qui en est l'élément essentiel, ne consentent pas à se voir exclus de l'administration par un vote de l'assemblée. Ils peuvent avoir la volonté arrêtée d'y prendre part, non pas seulement en raison des avantages qu'offrent ordinairement les fonctions d'administrateur, mais aussi par la conviction que, seuls, ils sont capables de donner l'impulsion convenable à des opérations qu'ils ont conçues, ou même encore par le désir très-avouable de ne pas laisser passer en des mains étrangères l'administration d'une entreprise dont l'idée, les capitaux ou le matériel ont été presque en totalité fournis par eux. » (1) C'est en vue de satisfaire à ces prétentions que le paragraphe 3 de l'art. 25, modifiant la règle générale écrite dans le paragraphe 1er, permet de désigner les premiers administrateurs par les statuts, *avec stipulation formelle que*

---

(1) Voy. le *Comment. législ.* de M. Tripier (t. I, p. 42 et 43). Les mêmes considérations ont été produites dans le rapport de la commission du Corps législatif (*ibid.*, p. 165 et 166).

leur nomination ne sera point soumise à l'approbation de l'assemblée générale.

1064. Les commissaires sont nommés pour une année seulement : « pour la première année », est-il dit dans l'art. 25. Quant aux premiers administrateurs, il faut distinguer suivant que la nomination est faite par l'assemblée générale ou par les statuts. Dans le premier cas, ils peuvent être nommés pour une période qui ne doit pas excéder six années; dans le deuxième cas, ils ne peuvent pas être nommés pour plus de trois ans (art. 25, §§ 2 et 3). Notons seulement que s'ils étaient simplement désignés dans les statuts sans la stipulation formelle que leur nomination ne serait pas soumise à l'approbation de l'assemblée générale, la qualité ne leur serait acquise qu'autant que la désignation serait confirmée par le vote de l'assemblée (1). Et, dans ce cas, il semble que c'est pour six ans au plus, et non pour trois seulement, que les premiers administrateurs pourraient être nommés, la nomination étant faite, en réalité, par l'assemblée générale.

1065. En toute hypothèse, les administrateurs nommés sont indéfiniment rééligibles. L'art. 25 le dit expressément pour le cas de nomination par l'assemblée générale; mais, évidemment, elle n'a nullement entendu exclure la rééligibilité dans le cas de nomination par les statuts. Dans l'un et dans l'autre, dès lors, les administrateurs pourront, à l'expiration de leurs pouvoirs, être réélus par l'assemblée générale et dans les termes de la loi, à moins toutefois que la réélection ne soit prohibée par les statuts. La loi, en effet, ne déclare les administrateurs rééligibles que *sauf stipulation contraire*. Mais nous verrons, dans le titre suivant, en traitant du fonctionnement des sociétés, qu'il est rare de trouver dans les statuts une clause pure de non-rééligibilité, et qu'au contraire, pour ne pas rompre la suite si nécessaire dans la conduite des affaires commerciales, la pratique s'attache, par d'autres clauses, à éviter le trop brusque renouvellement du personnel administratif des sociétés. — Nous verrons là également si les administrateurs nommés soit par l'assemblée générale, soit par les statuts, sont révocables, et comment, en cas de vacance parmi eux par démission ou décès, il peut être procédé au remplacement.

1066. Aux termes des derniers paragraphes de l'art. 25, reproduction littérale de l'art. 6, §§ 3 et 4 de la loi du 23 mai 1863, « le procès-verbal de la séance constate l'acceptation des administrateurs et des commissaires présents à la réunion; la société est constituée à partir de cette acceptation. » Sur quoi, nous avons deux lacunes à signaler. D'abord, bien qu'en fait il soit peu probable que l'assemblée prenne en dehors d'elle soit les premiers administrateurs de la société, soit les commissaires pour la première année, il est possible cependant que le choix porte sur des personnes non présentes à la réunion, et surtout pour les commissaires, qui, d'après l'art. 32, peuvent n'être pas des associés. Et, s'il en est ainsi, comment sera constatée l'acceptation à

(1) Voy. M. Bédarride (n° 372).

partir de laquelle la société est constituée? Ce ne pourra pas être, évidemment, par le procès-verbal de la réunion, comme l'exige l'art. 25. Il faut donc suppléer au silence de la loi, qui n'a pas prévu ce cas; et l'on admet généralement que l'acceptation pourra être faite par un acte ultérieur, authentique ou sous seing privé, lequel devra être annexé au procès-verbal. — D'un autre côté, l'art. 25 statue uniquement en prévision de la nomination des premiers administrateurs *par l'assemblée générale*. Il ne s'applique donc pas au cas où ils sont nommés par les statuts de la société. Mais comme les statuts sont toujours rédigés par les fondateurs de la société, qui généralement en veulent être les premiers administrateurs (*suprà*, n° 1063), il est clair que l'acceptation résulte des statuts eux-mêmes. Et, dans ce cas, la société est constituée dès qu'il a été statué, dans les termes de l'art. 24, sur la vérité et la sincérité de la déclaration notariée constatant la souscription du capital et le versement du quart.

IV. — 1067. La dernière condition spéciale, pour l'établissement des sociétés anonymes, a trait à l'autorisation du gouvernement et à la tutelle administrative dans lesquelles se résumait la réglementation de ces sociétés avant la loi du 24 juillet 1867. Il est vrai que l'art. 47, § 2 de cette loi, a expressément abrogé l'art. 37 du Code de commerce qui consacrait la nécessité de l'autorisation, et qu'en outre l'art. 21 a déclaré « qu'à l'avenir, les sociétés anonymes pourront se former sans l'autorisation du gouvernement. » Mais la loi elle-même a fait certaines restrictions. D'une part, elle dispose en vue des sociétés anonymes qui se formeront à l'avenir. Quant à celles qu'elle a trouvées existantes, « elles pourront, dit l'art. 46, se transformer en sociétés anonymes dans les termes de la loi (c'est-à-dire en sociétés libres), *en obtenant l'autorisation du gouvernement* et en observant les formes prescrites pour la modification de leurs statuts. » — D'une autre part, la restriction est plus absolue en ce qui concerne les tontines, et aussi les sociétés d'assurances qui habituellement s'établissent sous la forme de l'anonymat. Même formées après la loi de 1867, elles restent sous la surveillance administrative, qui, d'après l'art. 66, se manifeste diversement suivant qu'il s'agit d'assurances sur la vie, mutuelles ou à primes, ou d'assurances autres que sur la vie. Et, quant à celles qui existaient déjà au moment de la promulgation de la loi, elles font l'objet de l'art. 67, aux termes duquel « les sociétés d'assurances désignées dans le paragraphe 2 de l'article précédent (assurances autres que sur la vie), qui existent actuellement, pourront se placer sous le régime qui sera établi par le règlement d'administration publique, *sans l'autorisation du gouvernement,* en observant les formes et les conditions prescrites pour la modification de leurs statuts. »

Tels sont les textes. Nous laissons de côté, pour y revenir au paragraphe suivant (*infrà,* n°s 1094 et suiv.), les art. 19 et 47, § 1er, qui, bien qu'autorisant la conversion en sociétés anonymes libres de certaines sociétés par actions antérieures à la loi de 1867, sont étrangers au principe de la tutelle administrative. Les articles que nous retenons

ici ont donné lieu à des difficultés (1) que nous étudierons en nous occupant successivement : 1° du cas où les sociétés anciennes désirent rester sous le régime de l'autorisation, en vertu de l'art. 46, § 1er; 2° de celui où elles veulent se transformer en sociétés libres; 3° enfin, du cas où l'autorisation est encore nécessaire pour la fondation de sociétés nouvelles, en exécution des art. 66 et 67, relatifs aux tontines et aux sociétés d'assurances.

1068. Le législateur devait s'attacher d'abord à réserver les droits acquis par les sociétés anonymes autorisées avant la loi de 1867. C'est la pensée qu'en justifiant l'art. 21 introductif des principes nouveaux, l'Exposé des motifs exprimait en ces termes : « Sans doute, pendant un certain temps encore, il y aura des sociétés anonymes selon la formule du Code de commerce, *car on a dû respecter celles qui existent.* » Et en effet, le premier paragraphe de l'art. 46 dispose que « les sociétés anonymes actuellement existantes continueront à être soumises, pendant toute leur durée, aux dispositions qui les régissent. » Laisser à ces sociétés la faculté de se convertir en sociétés libres dans les termes de la loi nouvelle, c'est tout ce qu'on pouvait faire, et c'est ce qui a été fait par le deuxième paragraphe de l'art. 46, auquel nous reviendrons bientôt. On avait proposé cependant, dans la discussion de la loi, d'aller plus loin, spécialement de rendre la conversion obligatoire. Un amendement était présenté en ces termes : « Toutes les dispositions qui *précèdent seront* applicables aux sociétés anonymes actuellement existantes; ces sociétés *devront* se transformer en société anonyme, dans les termes de la présente loi, dans un délai de six mois à partir de la promulgation. » Mais la proposition a été repoussée par la commission du Corps législatif au nom des principes. Là où le projet crée une faculté au profit des sociétés anonymes actuelles, est-il dit au rapport, M. de Janzé leur impose la transformation en vertu de l'autorité de la loi. Ce serait là une disposition, si elle était admise, entachée de rétroactivité, une violence faite aux conventions et à la liberté des parties (2). La conversion est donc restée purement facultative pour les sociétés anonymes établies antérieurement à la loi de 1867; et, tant qu'elles n'usent pas de la faculté, ces sociétés continuent, selon les termes de l'art. 46, § 1er, à être soumises aux dispositions qui les régissent.

1069. Il suit de là, et c'est une conséquence déduite dans l'Exposé des motifs (3), que l'autorisation du gouvernement exigée par la loi en vigueur au moment de la constitution de ces sociétés serait encore nécessaire pour les modifications qu'elles voudraient apporter à leurs statuts. Toutefois, cette induction n'est pas explicitement formulée dans

(1) Ces difficultés ont été relevées et discutées avec le plus grand soin et une intelligence parfaite par M. Henri Chauchat, maître des requêtes, dans un rapport du 15 janvier 1875. Chargé de recueillir la jurisprudence du conseil d'Etat sur ces points, M. Chauchat a présenté le résultat de ses recherches dans ce rapport remarquable où nous avons trouvé les plus utiles renseignements.

(2) *Comment. législ.* de M. Tripier (t. I, p. 229).

(3) *Ibid.* (t. I, p. 49).

la loi, et, en tous cas, rien n'indique dans quelle mesure le gouvernement doit ou peut continuer à approuver ou à autoriser ces modifications. Le conseil d'État s'est attaché à pourvoir à la lacune par une jurisprudence qui, formée lentement, est aujourd'hui bien arrêtée. M. Henri Chauchat, maître des requêtes, en a analysé les documents dans un rapport (1) que ses proportions ne nous permettent pas de reproduire en entier. Nous en suivrons du moins les indications. Les modifications principales dont il y a à s'occuper sont relatives à la durée de la société, à son objet et à son capital.

1° Les Avis du conseil d'État ont été unanimes à reconnaître que le droit du gouvernement d'autoriser des modifications aux statuts des sociétés anonymes pendant leur durée n'implique pas celle de proroger la durée elle-même de ces sociétés. Il a été émis en ce sens nombre d'Avis dont le dernier, en date du 9 juillet 1873, est ainsi conçu : « Considérant qu'en accordant aux sociétés anonymes autorisées des prorogations successives, on arriverait à les perpétuer sous la forme de l'autorisation, contrairement aux vues du législateur de 1867, qui a voulu dégager le gouvernement de la responsabilité que lui imposaient l'autorisation et la surveillance de ces sociétés; que, d'ailleurs, aux termes de l'art. 46 de la loi du 24 juillet 1867, c'est seulement pendant leur durée que les sociétés anonymes, alors existantes, peuvent rester soumises aux dispositions qui les régissent; qu'en présence des termes de la loi et de l'intention manifestée par le législateur, le gouvernement n'a plus le droit de proroger la durée des sociétés existantes sous forme de modification aux statuts, même lorsque les statuts ont prévu cette prorogation. »

2° Les modifications relatives à l'objet de la société ont donné lieu à des décisions diverses dont les motifs sont tirés des circonstances et des faits, et qui par cela même ne sont pas dominées par des règles précises. On peut dire cependant, comme l'a exprimé la commission provisoire chargée de remplacer le conseil d'État (Avis du 18 avril 1872), « que la jurisprudence du conseil tend à placer les sociétés anonymes autorisées dans cette alternative : ou renoncer à toutes modifications qui auraient pour conséquence *de changer la nature des opérations en vue desquelles elles ont été établies,* ou se placer, en vertu de la loi de 1867, sauf l'accomplissement des conditions qu'elle impose, sous le régime des sociétés anonymes libres. » C'est ainsi que la compagnie des *mines de plomb argentifère de Pontgibaud,* ayant demandé une modification qui lui permît d'exploiter *toutes mines métalliques et carbonifères,* la demande a été rejetée comme étant contraire à l'esprit des statuts primitifs. L'Avis, en date du 29 juillet 1874, exprime que, « surtout depuis la loi de 1867, le gouvernement ne doit pas prendre la responsabilité d'autoriser une modification qui permettrait à la société d'entrer dans une voie absolument nouvelle. » Toutefois, la compagnie ayant établi que le minerai s'épuisait dans ses concessions an-

---

(1) C'est le rapport déjà cité à l'une des notes précédentes.

ciennes, et qu'ainsi elle avait besoin d'acquérir de nouvelles mines de plomb argentifère, elle a été autorisée, par décret du 3 novembre 1874, à exploiter celles qu'elle pourrait acquérir dans l'arrondissement et même dans tout le département du Puy-de-Dôme.

3° Quant aux demandes en modification du capital social, le conseil d'État se refuse à admettre celles qui tendent à une diminution, par le motif que le capital social est le gage des tiers, et qu'il n'appartient pas aux actionnaires de diminuer ce gage dans leur propre intérêt pour se mettre à l'abri des éventualités. Pour les demandes qui tendent à une augmentation, lesquelles d'ailleurs ne pourraient être accordées qu'aux sociétés qui ont prévu l'augmentation du capital dans les statuts, le conseil d'État ne les admet qu'autant que le capital est augmenté dans une proportion relativement faible. (Décrets du 11 janvier 1868, 28 avril, 6 et 11 juillet 1870, 23 avril 1871.) Il les rejette en tout autre cas. Deux demandes d'augmentation de capital, formées après la réorganisation du conseil d'État, l'une par la *compagnie générale des eaux*, et l'autre par la *société des dépôts et des comptes courants*, ont donné lieu à deux Avis dans lesquels le conseil a résumé sa doctrine à cet égard. Nous reproduisons du second, émis à la date du 27 novembre 1873, sur une demande ayant pour objet le doublement du capital, ces motifs entre autres : « Considérant... que le doublement est demandé dans le but d'élever le maximum des dépôts de fonds que la société peut recevoir en compte courant, maximum qui est fixé, ainsi que celui du passif, proportionnellement au capital; que, sans examiner si la combinaison proposée ne serait pas de nature à diminuer la sécurité que les statuts actuels donnent aux déposants, il convient que le gouvernement n'en prenne pas la responsabilité; que la loi du 24 juillet 1867 a eu précisément pour but de dégager le gouvernement de la responsabilité que lui imposaient l'autorisation et la surveillance des sociétés anonymes, ainsi que l'approbation de leurs statuts; que par respect pour les droits acquis, l'art. 46 a, il est vrai, stipulé que les sociétés antérieurement formées *continueraient à être soumises pendant toute leur durée aux dispositions qui les régissent;* que ces termes ont pu laisser au gouvernement la faculté d'approuver encore certaines modifications aux statuts, lorsque ces modifications ne touchent pas aux conditions essentielles de la société, et ont pour objet, par exemple, de faciliter son administration ou d'améliorer quelques clauses accessoires; mais qu'il est difficile de considérer comme telles des modifications qui ont pour but de doubler le capital et d'étendre les opérations sociales dans une proportion considérable; que le gouvernement doit rester d'autant plus étranger à ces modifications qu'une émission supplémentaire d'actions est une des opérations qui peuvent le plus engager sa responsabilité; que si la société persiste, malgré le refus du gouvernement, dans son intention d'augmenter son capital et ses opérations, elle peut le faire en usant de la faculté qu'elle a de se transformer en société anonyme dans les termes de la loi de 1867; que depuis 1867, un grand nombre de sociétés de crédit se sont fondées sous la forme de

sociétés anonymes libres; que, par ce fait même, l'attache gouverne mentale est devenue pour les sociétés autorisées un véritable privilég et qu'il importe de ne pas l'étendre. »

D'autres modifications encore aux statuts des sociétés anciennes tou chant les pouvoirs et la composition de l'assemblée générale des action naires, du conseil d'administration, du conseil de direction ou du direc teur, ont été l'objet de demandes sur lesquelles le conseil d'État a ét appelé à statuer. Il nous suffira d'indiquer que les décisions intervenue ont toujours répondu à la même pensée : atténuer autant que possibl la responsabilité du gouvernement sans porter atteinte à la situatio acquise par les sociétés. Et sans insister davantage, nous passons au cas où les sociétés autorisées veulent faire usage de la faculté conféré par le paragraphe 2 de l'art. 46, et se transformer en sociétés libre dans les termes de la loi nouvelle.

1070. Les sociétés anonymes formées sous l'empire du Code de commerce, et par conséquent autorisées, ont à se transformer en sociétés libres un intérêt que fait nettement apparaître ce que nous disons au numéro précédent. Tant qu'elles restent soumises à la loi de leur constitution, elles sont liées par leurs statuts, et ne peuvent les modifier dans leurs dispositions essentielles sans soumettre les modifications au gouvernement et obtenir son approbation. Or, la transformation les affranchit de cette tutelle; elle a pour effet de leur donner une pleine et entière liberté d'action; en sorte qu'une fois transformées, elles peuvent porter la main sur les statuts qui les régissent sans avoir à prendre l'agrément de l'autorité. Mais précisément parce qu'elle a ainsi pour effet d'ajouter notablement aux pouvoirs de la société, la transformation constitue par elle-même, à vrai dire, une modification aux statuts. A ce titre, elle devait être soumise à la même règle que les modifications dont il est question au numéro qui précède, c'est-à-dire à la nécessité de l'autorisation. Ainsi, les sociétés anonymes que la loi de 1867 a trouvées existantes au moment de sa promulgation peuvent bien se transformer en sociétés libres dans les termes de cette loi. Mais, comme elles ont eu besoin, pour se fonder, de l'autorisation du gouvernement, elles ne peuvent pas opérer cette transformation sans en obtenir l'autorisation. C'est la condition nécessaire.

1071. Ce n'est pas la seule. Le paragraphe 2 de l'art. 46, qui reconnaît aux sociétés autorisées le droit de se transformer en sociét libres, *en obtenant l'autorisation du gouvernement,* ajoute : « et observant les formes prescrites pour la modification de leurs statuts. C'est la seconde condition. Elle se lie à la première en ce sens que transformation étant assimilée à une modification des statuts de la société, l'autorisation du gouvernement ne pourrait être accordée qu'a tant qu'il serait justifié que le vote de l'assemblée constatant l'oppo tunité de la transformation a été émis dans les conditions et suiva les formes stipulées dans le pacte social pour les modifications qui pou raient être faites à ce pacte. La justification, d'ailleurs, sera facile; el résultera de la délibération même dont la résolution de transformer

société a dû être l'objet, et qui sera nécessairement produite à l'appui de la demande. — Il serait inutile d'insister sur ce deuxième cas, qui ne paraît pas susceptible de difficulté dans l'application.

1072. Nous arrivons au troisième, que régissent les art. 66 et 67 de la loi du 24 juillet 1867. Il s'agit des tontines et des sociétés d'assurances. Et ici nous allons trouver une dérogation à la fois au principe de la liberté posé dans l'art. 21 et aux règles établies par l'art. 46 pour la conversion des sociétés anciennes. Aux termes de l'art 66, « les associations de la nature des tontines et *les sociétés d'assurance sur la vie,* mutuelles ou à primes, restent soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement. — *Les autres sociétés d'assurances* pourront se former *sans autorisation*. — Un règlement d'administration publique déterminera les conditions sous lesquelles elles pourront être constituées. » — L'art. 67 ajoute : « Les sociétés d'assurances *désignées dans le paragraphe* 2 *de l'article précédent,* qui existent actuellement, pourront se placer sous le régime qui sera établi par le règlement d'administration publique, *sans l'autorisation du gouvernement,* en observant les formes et les conditions prescrites pour la modification de leurs statuts. »

Ainsi, le régime de la liberté n'est pas fait pour les associations que le législateur de 1867 a spécialement en vue dans ces articles. Même établies après la promulgation de la loi, ces associations, par dérogation à l'art. 21, restent sous la surveillance administrative, qui se manifeste soit par l'autorisation du gouvernement s'il s'agit d'assurances sur la vie, soit, s'il s'agit d'assurances autres que sur la vie, au moyen du règlement d'administration publique dans lequel le gouvernement a déterminé le régime et les conditions imposées à l'association (art. 66). Quant aux associations que la loi a trouvées existantes, bien qu'elles aient eu besoin, pour se fonder, de l'autorisation du gouvernement, elles peuvent sans cette autorisation, aux termes de l'art. 67, qui en cela diffère de l'art. 46, se transformer ou plutôt se placer sous le régime établi par le règlement d'administration publique.

1073. La première de ces propositions, en elle-même, n'est pas contestable et n'est pas contestée. La nécessité de déroger à l'art. 21 pour les tontines et les assurances sur la vie qui, dans la réalité, ne sont que des associations de la nature des tontines, a été mise dans tout son jour dans l'Exposé des motifs de la loi (1) ; et les explications en sont résumées dans le rapport de la commission. « Les tontines, y est-il dit, et les sociétés d'assurances mutuelles, chacun en convient, ne sont pas des sociétés, quoiqu'on leur donne communément ce titre. L'expérience a démontré, pour elles, la nécessité de l'autorisation, et les motifs qui ont, autrefois, déterminé le législateur, n'ont pas perdu leur valeur. Ces motifs, le préambule de l'Avis du conseil d'État du 1er avril 1809 les a formulés ; l'Exposé des motifs les rappelle et votre commission les accepte. « Une association de la nature des tontines sort évidem-

(1) M. Tripier (*Comment. législ.*, t. I, p. 49 et suiv.).

» ment de la classe commune des transactions entre citoyens. La nature » de ces établissements, qui ne permet aux associés aucun moyen efficace et réel de surveillance, leur durée toujours inconnue et qui peut » se prolonger pendant un siècle; la foule de personnes de tout état, de » tout sexe, de tout âge, qui y prennent des intérêts; le mode dont ces » associations se forment; les *chances* sur lesquelles repose la combi» naison, et que ne peuvent guère apprécier les petits capitaux appelés » à y prendre part : tout cela exclut une liberté qui pourrait trop faci» lement être dangereuse. » — Les sociétés d'assurances sur la vie, qu'elles soient mutuelles ou à prime, participent de presque tous ces caractères; aussi la jurisprudence, à travers des variations que l'Exposé des motifs retrace à merveille, les a soumises, autant que le permettait la loi, au même régime. Le projet qui vous est soumis fait cesser les divergences, applique l'autorisation, non à la forme du contrat, mais au contrat lui-même, et la commission lui donne son adhésion entière. — Il en est de même de la disposition relative aux compagnies d'assurances (§ 2 de l'art. 66). Sans les abandonner complétement à la discrétion de leurs fondateurs, le projet leur donne la liberté de s'établir et de s'administrer sans contrôle. Seulement, un règlement d'administration publique déterminera les conditions dont les conventions des parties ne pourront s'écarter. C'est un moyen terme entre la liberté et le régime de l'autorisation et de la surveillance. » (1)

1074. Les seules difficultés qui s'élèvent sur ce point touchent à l'application; elles ne peuvent être que de savoir quand une société doit être considérée comme rentrant dans la catégorie des associations que l'art. 66 laisse sous le régime de l'autorisation. La jurisprudence du conseil d'État fournit des indications précises à cet égard. L'un des premiers Avis dans lesquels le conseil a exposé sa doctrine, après la loi de 1867, avait pour objet la demande en autorisation d'une société d'assurances mutuelles contre les accidents du travail, formée sous le titre de *Sauvegarde des travailleurs*. La demande a été rejetée par ce motif: « que le caractère essentiel des associations tontinières, aussi bien que des sociétés d'assurance sur la vie, qui restent soumises à l'autorisation du gouvernement, est que leurs effets, pour les associés et pour les assurés, dépendent des chances que présente la durée incertaine de la vie humaine; que ce caractère ne se retrouve dans aucune des combinaisons sur lesquelles la société d'assurances mutuelles contre les accidents du travail, dite *la Sauvegarde des travailleurs*, a basé les opérations qu'elle projette;... que si, par une disposition très-accessoire des statuts, il est dit qu'en cas de mort par suite de blessures reçues dans le travail, le conjoint survivant du sociétaire ou ses enfants, etc., ont droit à un secours, ce secours, seulement égal à une année de la pension dont aurait joui le sociétaire, et une fois payé, n'a pas pour base les lois de la mortalité, non plus que celui qui est garanti, à titre temporaire ou viager, au sociétaire lui-même; qu'il suit de là que la société

(1) *Ibid.* (t. I, p. 210 et suiv.).

dont il s'agit n'est point de celles qui restent exceptionnellement soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement. » (1)

Le conseil a statué dans le même sens à propos de quelques sociétés formées à Paris en octobre 1870, dans le but d'assurer les gardes nationaux ou les gardes mobiles contre les accidents de guerre pouvant entraîner des blessures ou la mort pendant le siége de Paris. Il a considéré « que ces sociétés, par la spécialité de leur objet, la brièveté de leurs opérations et de leur durée, l'incertitude et la variété des chances courues par les adhérents, différaient essentiellement des sociétés d'assurances sur la vie. » (2)

Enfin, la question s'est posée à l'occasion des associations mutuelles contre les chances du tirage au sort. Et bien que par l'effet de la loi du 27 juillet 1872 sur le recrutement de l'armée, loi dont l'art. 4 déclare le remplacement supprimé, cette question spéciale soit désormais sans objet, il n'est pas sans intérêt, quand il s'agit de reconnaître quelles sociétés ont le caractère tontinier, de s'arrêter à la solution qu'elle a reçue. Or, l'idée qui se dégage de la jurisprudence, c'est que, même avant la loi de 1867, les sociétés de l'espèce n'étaient soumises à l'autorisation du gouvernement qu'autant qu'elles avaient la nature des tontines. La difficulté était de savoir quand elles devaient être considérées comme ayant ce caractère. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation n'a pas été invariable. En certaines espèces, elle a fait résulter le caractère tontinier de ce que la société était constituée entre personnes inconnues les unes aux autres, et de ce que l'association présentait pour les associés des chances de bénéfice provenant en quelques cas du décès des associés (3). Mais, dans le dernier état de sa jurisprudence, elle avait nettement précisé que les associations de la nature des tontines soumises à l'autorisation préalable du gouvernement sont celles qui sont fondées *sur des combinaisons aléatoires dans lesquelles entrent, comme base principale, des chances de mortalité*. En conséquence, la Cour jugeait qu'il n'y avait pas lieu de considérer comme assujettie à l'autorisation la bourse commune créée pour faciliter aux jeunes gens appelés sous les drapeaux l'exonération du service militaire, alors que les opérations étaient distinctes pour chaque classe et que les fonds n'étaient pas mis à la disposition du directeur de l'association, mais versés par chaque souscripteur à un dépositaire quelconque, chargé, après la clôture de l'opération, de les remettre à l'associé auquel le compte de liquidation les attribuait (4).

La question a été résolue d'après cette même pensée pour les associations formées après la promulgation de la loi de 1867. C'était, d'ailleurs, indiqué, dans la discussion de cette loi, par le commissaire du

(1) Avis du 11 févr. 1868. (Voy. le rapport précité de M. Chauchat, p. 9 et 10.)

(2) Avis des 6 et 27 oct. et 4 nov. 1870. (*Ibid.*, p. 14.)

(3) Voy. notamment les arrêts des 27 mai 1856, 6 janv. 1857, 4 févr. 1868, 3 août 1871 (S.-V., 56, 1, 705; 57, 1, 361; 68, 1, 133; *J. Pal.*, 1857, p. 392 et 837; 1868, p. 301; 1871, p. 238; Dall., 56, 1, 192; 57, 1, 199; 68, 1, 127; 71, 1, 201).

(4) Voy. l'arrêt des chambres réunies du 25 févr. 1873 (S.-V., 73, 1, 241; *J. Pal.*, 1873, p. 609).

gouvernement : « Toutes les fois, disait-il, qu'il s'agira de compagnies formées uniquement en vue d'assurer le remplacement au moyen d'une cotisation versée par un certain nombre de pères de famille dans une bourse commune et pour une seule année, le gouvernement pense qu'il n'y a rien là qui ressemble à une tontine, et qu'en conséquence des sociétés de ce genre pourront se former sans l'autorisation du gouvernement. Mais si, au contraire, il s'agit de sociétés d'assurances pour le remplacement militaire, qui offrent au public des combinaisons *ayant pour objet de faire profiter les associés des chances de la vie humaine, par suite du décès de quelques-uns d'entre eux,* ces sociétés sont de véritables sociétés d'assurance sur la vie; elles tombent évidemment sous le coup des dispositions de la législation existante, et elles ne pourraient se former qu'avec l'autorisation dû gouvernement. » (1) Et le conseil d'État n'a fait que se conformer à cette pensée lorsque, consulté sur la question par le ministre du commerce, il a décidé « qu'il y a lieu de considérer que les sociétés d'assurances mutuelles contre les chances du tirage au sort pour le recrutement de l'armée ne sont soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement qu'autant que la mortalité des assurés entre dans les combinaisons aléatoires dont profitent les associés, et que toutes les autres sociétés de cette nature peuvent se former librement, sous les conditions établies par le règlement d'administration publique prévu dans l'art. 66 de la loi du 24 juillet 1867. » (2)

En résumé, on le voit, les associations de la nature des tontines ou les sociétés d'assurances sur la vie, mutuelles ou à primes, qui, aux termes du paragraphe 1er de l'art. 66, restent soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement, ce sont les sociétés dont le but même est de procurer aux associés ou à leur famille un capital ou une rente au moyen de combinaisons aléatoires ayant pour base les chances de durée de la vie humaine. Quant aux autres sociétés d'assurances, dont le but est de garantir les associés contre un risque déterminé et accidentel, les assurances contre la grêle, contre l'incendie, contre les accidents du travail, etc., elles ne sont pas soumises à une autorisation spéciale, mais, d'après le paragraphe 2 de ce même art. 66, elles ne peuvent se constituer que sous les conditions établies par le règlement d'administration publique qui, en ce point, a complété la loi. Pour celles-ci, l'intervention du conseil d'État, au lieu de s'appliquer successivement au détail de chaque société, a consisté à préciser, dans le règlement d'administration publique, les conditions auxquelles elles doivent toutes se soumettre en se constituant (3).

1075. Restent les sociétés de cette dernière catégorie que la loi de 1867 a trouvées existantes. Ces associations, en tant qu'elles avaient revêtu la forme de l'anonymat, n'avaient pu s'établir qu'avec l'autori-

(1) M. Tripier (*Comment. législ.*, t. II, p. 595).
(2) Avis du 26 janv. 1870. (Voy. le rapport précité de M. Chauchat, p. 11.)
(3) C'est l'explication fournie, dans la discussion de la loi, par M. de Forcade la Roquette, ministre de l'agriculture et du commerce (Tripier, t. II, p. 591).

sation du gouvernement, sinon en vertu de l'Avis du conseil d'État du 1er avril 1809, lequel, on l'a vu, était relatif uniquement aux associations de la nature des tontines, au moins en vertu de la disposition générale de l'art. 37 du Code de commerce. Il semble donc qu'ayant eu besoin de l'autorisation du gouvernement pour se former, les sociétés antérieures à la loi de 1867 devraient obtenir l'autorisation pour se transformer dans les termes de cette loi, comme cela est expressément exigé par l'art. 46 pour les sociétés anonymes autorisées qui veulent se convertir en sociétés libres (*suprà*, n° 1070). Il n'en est pas ainsi, cependant. L'art. 67, en consacrant la faculté, pour les sociétés d'assurances autres que sur la vie, antérieures à la loi de 1867, de se transformer ou plutôt de se placer sous le régime établi par le règlement d'administration publique, les dispense formellement de toute autorisation à l'effet d'opérer la transformation. « Les sociétés d'assurances désignées dans le paragraphe 2 de l'article précédent, qui existent actuellement, porte cet article, pourront se placer sous le régime qui sera établi par le règlement d'administration publique, *sans l'autorisation du gouvernement,* en observant les formes et les conditions prescrites pour la modification de leurs statuts. » Ainsi, par cette disposition transitoire, l'art. 67 déroge à l'art. 46, comme l'art. 66 a dérogé à l'art. 21.

1076. Il s'en faut pourtant que cette disposition ait été entendue ainsi, même dans la discussion de la loi. Un désaccord manifeste existe entre le texte précis, absolu, de l'art. 67, et les explications qui en sont données soit dans l'Exposé des motifs, soit dans le rapport de la commission législative. Cet article, est-il dit dans l'Exposé des motifs, « contient une disposition transitoire analogue à celle qui se trouve dans le second paragraphe de l'art. 46. — Il y a entre l'une et l'autre une différence qui doit être remarquée. Pour la conversion d'une société anonyme ancienne en société anonyme nouvelle, aux termes de l'art. 46, l'autorisation du gouvernement sera nécessaire. Pour la conversion des sociétés d'assurances, l'autorisation n'est pas exigée par l'art. 67. Sous ce rapport, une latitude plus grande est accordée à celles-ci; mais, d'un autre côté, lorsqu'elles seront transformées, elles seront soumises aux conditions du règlement d'administration publique. — Les cas dans lesquels il y aura lieu d'appliquer l'art. 67 seront, au surplus, bien rares. Il n'est fait que pour l'hypothèse où une société d'assurance *n'aurait pas été constituée sous la forme de société anonyme,* ce dont il y a bien peu d'exemples. *Lorsqu'il s'agira d'une société d'assurances établie en société anonyme, l'art.* 46 *devra servir de règle.* » (1) Le rapport, fait au nom de la commission du Corps législatif, dit également : « Parmi les sociétés d'assurances, il en est que la jurisprudence a soumises à l'autorisation; ce sont celles qui avaient revêtu la forme de la société anonyme. Les autres en ont été affranchies. De là, dans la disposition transitoire qui termine le projet (ar-

(1) Voy. Tripier (*Comment. législ.*, t. I, p. 57).

ticle 67), une distinction nécessaire. *Les sociétés autorisées* qui voudraient se placer sous l'empire de la loi nouvelle *devront, conformément à l'art.* 46, *obtenir l'autorisation du gouvernement*, qui, après avoir présidé à leur naissance, présidera ainsi à leur transformation. Les autres pourront se placer, sans intervention aucune du conseil d'État, sous le régime qui sera établi par le règlement d'administration publique... » (1) Ainsi, d'après ces explications, loin de se suffire à lui-même, l'art. 67, quoique spécialement écrit en vue des sociétés d'assurances, se lierait à l'art. 46 et lui serait subordonné, si bien que, nonobstant la dispense d'autorisation formellement exprimée dans l'article 67, une telle société, par cela seul qu'avant la loi de 1867 elle aurait revêtu la forme anonyme, ne pourrait pas opérer sa conversion sans en avoir obtenu l'autorisation aux termes et en observation de l'art. 46! Et les auteurs, en général, acceptant ces explications, décident, sans discussion d'ailleurs, que le bénéfice de l'art. 67 est réservé aux seules sociétés d'assurances *constituées en commandite par actions ou en sociétés à responsabilité limitée* (2).

Nous contestons, pour notre part, cette solution qui, en réalité, ferait de l'art. 67 une disposition sans objet et sans portée. C'est, au surplus, l'avis du conseil d'État qui, saisi d'un projet de décret par lequel une société ancienne *d'assurances mutuelles* contre la grêle était autorisée a se placer sous le régime du décret d'administration publique, a estimé que le projet devait rester sans suite, et qu'il suffisait de « rappeler à cette société les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 *qui la dispensaient de l'autorisation du gouvernement.* » (3) Le conseil exprime nettement que les explications fournies dans l'Exposé des motifs et dans le rapport qui ont précédé la discussion de la loi « ne sauraient être invoquées pour modifier le sens d'une disposition *qui ne laisse aucune place au doute et avec laquelle elles seraient en contradiction formelle.* »

C'est une première raison, en effet, de ne pas s'arrêter à ces explications. Mais, en outre, on les doit écarter en ce que, nous le répétons, elles laissent sans application la disposition précise de l'art. 67. Car dire que cet article s'applique uniquement aux sociétés d'assurances non revêtues de la forme anonyme, c'est dire que réellement il ne sera pas appliqué, puisque de l'aveu de tous et d'après l'Exposé des motifs lui-même, il n'y a vraiment pas d'exemple de sociétés d'assurances créées autrement qu'en la forme anonyme. Ajoutons, enfin, qu'à un autre point de vue, ces explications font de l'art. 67 la plus inutile des dispositions. A quoi bon cet article, en effet, si la dispense qu'il prononce n'avait d'application qu'aux sociétés d'assurances constituées en commandite ou en sociétés à responsabilité limitée, les sociétés d'as-

(1) *Ibid.* (t. I, p. 211 et 212).

(2) Voy. MM. Rivière (n° 426); Vavasseur (n° 465); Alauzet (n° 621); Mathieu et Bourguignat (n° 337); Bédarride (n° 652).

(3) Avis du 10 oct. 1872 (Dall., 72, 3, 65; S.-V., 72, 2, 255; *J. Pal.*, Jurispr. adm., t. XVI, p. 92). Nous avons reproduit, en note de cet Avis, dans les Recueils de Sirey et du Palais, la doctrine exposée dans le texte ci-dessus.

surances en la forme anonyme restant régies par l'art. 46? Est-ce que cette dispense n'était pas prononcée déjà, quant aux sociétés en commandite, par l'art. 19, et par l'art. 47 en ce qui concerne les sociétés à responsalité limitée? (*Infrà*, n[os] 1094 et suiv.) Il n'y aurait pas de raison, évidemment, si l'art. 46 régissait toutes les sociétés anonymes sans excepter les sociétés d'assurances constituées en cette forme, pour que les art. 19 et 47 ne dussent pas être considérés aussi comme communs à toutes les sociétés, d'assurances ou autres, constituées en commandite ou en sociétés à responsabilité limitée. Et, dès lors, tous les cas se trouvant ainsi réglés par les art. 19, 46 et 47, l'art. 67 ne serait plus qu'une répétition inutile et vaine (1). Or, cela ne saurait être. Il ne se peut pas que le législateur de 1867, en introduisant cet article dans le dernier titre de la loi, n'ait pas voulu faire autre chose que reproduire purement et simplement des règles déjà posées dans les titres précédents. Donc, pour être dans la vérité des choses, il faut reconnaître que l'art. 67 a une valeur propre, et qu'édicté spécialement en vue des sociétés d'assurances, il s'applique à toutes les sociétés d'assurances, quelle qu'en soit la forme, anonyme ou non anonyme. Ainsi, par son économie même, la loi est exclusive de la réserve ou de la distinction indiquée dans l'exposé des motifs et dans le rapport qui ont précédé la discussion. Et le conseil d'État a justement refusé de s'y arrêter.

1077. Toutefois, le conseil d'État n'est pas allé jusqu'au bout dans la voie qu'il a ouverte. Et, à notre sens, il faut regretter qu'ayant à statuer à propos des sociétés d'*assurances mutuelles*, il ait cru devoir étendre son examen et se prononcer sur les sociétés d'assurances à *prime fixe*, qui n'étaient pas en question dans l'espèce. Il faut le regretter d'autant plus que le conseil a été amené par là à substituer aux explications mal à propos restrictives de l'Exposé des motifs une autre restriction qui, pour être différente, n'en est pas plus acceptable d'après le texte même de la loi. Il décide que, seules, les sociétés, même anonymes, d'*assurances mutuelles*, profitent de l'art. 67, et que, comme toutes les sociétés anonymes, les sociétés d'assurances *à prime fixe* sont régies par l'art. 46. Or, nous pouvons dire aussi de cette distinction, en empruntant les expressions mêmes de l'Avis précité, « qu'elle ne saurait être invoquée pour modifier le sens d'une disposition qui ne laisse aucune place au doute et avec laquelle elle serait en contradiction formelle. » C'est qu'en effet, loin de séparer les deux classes d'associations, la loi les a confondues, et, en les mettant au même rang *par une déclaration expresse*, elle les a soumises à des règles communes. Que dit l'art. 66 dans les deux paragraphes dont il se compose? Dans le premier, « que les sociétés d'assurances sur la vie, MUTUELLES OU A PRIME, restent soumises à la surveillance du gouvernement »; et, dans le second, « que les *autres sociétés d'assurances* (celles qui ne portent pas sur les chances de la vie humaine), pourront se former sans autorisation », sauf à se constituer sous les conditions à déterminer par un règlement d'admi-

(1) Voy. M. Alfred de Courcy (p. 258 et suiv.).

nistration publique. Ainsi, point de distinction, point de différenc entre les assurances à prime et les assurances mutuelles; l'art. 66 l dit expressément. Et l'Exposé des motifs, sur cet article, n'a pas man qué de le faire remarquer. « Le texte, y est-il dit, ne distingue pas entr les différentes espèces de risques qui peuvent être l'objet des assu rances; il n'établit pas non plus de différence *entre les assurances mu tuelles et les assurances à prime.* Toutes sont donc comprises dans l disposition; toutes auront à l'avenir une liberté dont elles ne jouissen pas aujourd'hui. » (1) Donc, quand l'art. 67, en se référant à l'articl précédent, ajoute que les sociétés d'assurances *qui y sont désignées* e qui existent actuellement pourront se placer sous le régime à établir pa le règlement d'administration publique, *sans l'autorisation du gouver nement,* il dit cela incontestablement pour les assurances à prime auss bien que pour les assurances mutuelles, les unes et les autres étant également désignées dans les dispositions de l'article précédent.

Ajoutons à cet argument de texte, dont on ne saurait méconnaître la portée, l'induction à tirer du décret du 22 janvier 1868, qui, complétant la loi, institue le règlement auquel devront s'assujettir soit les sociétés d'assurances qui se formeront à l'avenir, soit celles qui, existant déjà, voudraient se transformer dans les termes de la loi nouvelle. Il est à remarquer que ce décret s'occupe des sociétés d'assurances à prime aussi bien que des sociétés d'assurances mutuelles, dans deux titres distincts, par des dispositions spéciales aux unes et aux autres. Cela étant, si une société d'assurances *à prime* antérieure à la loi de 1867 prétendait se convertir en société nouvelle, serait-elle dispensée de se soumettre au régime institué par le titre premier du décret? Non assurément, puisque, pour les sociétés anonymes d'assurances à prime, la conversion c'est précisément, d'après l'art. 67, la soumission au régime établi par le règlement en ce qui les concerne. Et alors, comment expliquer la réserve introduite par le conseil d'État dans les motifs de l'Avis précité? Le règlement s'impose à une telle société; quand elle veut se convertir, elle y est soumise de plein droit : et l'on voudrait que, néanmoins, elle fût obligée de demander l'autorisation de l'accepter et de s'y soumettre! C'est manifestement inadmissible. Dans la pensée de la loi de 1867, le règlement tient lieu de l'autorisation administrative. Pour les sociétés qui se formeront à l'avenir, il est la raison d'être de la dispense d'autorisation édictée par la paragraphe 2 de l'article 66. Il est de même la raison d'être de la dispense accordée par l'art. 67 aux sociétés anciennes qui voudront se convertir dans les termes de la loi actuelle. Et puisqu'il s'impose aux sociétés d'assurances à prime tout comme aux sociétés d'assurances mutuelles, les unes et les autres doivent, au même titre, être admises à se transformer sans autorisation.

(1) Voy. M. Tripier (t. I, p. 56).

§ VII. APPENDICE. — PROROGATION, FUSION ET TRANSFORMATION, SOUS LES LOIS NOUVELLES, DES SOCIÉTÉS CONSTITUÉES ANTÉRIEUREMENT.

SOMMAIRE.

I. — 1078. Les conditions intrinsèques, dont l'étude a fait l'objet des paragraphes qui précèdent, sont requises pour la constitution des sociétés de capitaux ou par actions qui se forment sous l'empire des lois par lesquelles ces sortes de sociétés ont été réglementées. Et c'est particulièrement au point de vue de la constitution des sociétés nouvelles que nous nous sommes placé dans les explications fournies jusqu'ici. Mais il faut aller plus loin et rechercher si même les sociétés constituées antérieurement aux lois qui ont établi ces conditions intrinsèques restent toujours et nécessairement affranchies de l'obligation de s'y conformer; ou plutôt si, par l'effet de modifications plus ou moins notables dans les conditions d'existence d'une société anciennement constituée, cette société ne peut pas prendre le caractère de société nouvelle et, par là même, se rendre applicables les dispositions des lois sous l'empire desquelles ces modifications seraient opérées. Ce sera l'objet du présent paragraphe, dans lequel nous nous occuperons successivement de la prorogation de sociétés constituées, de la fusion entre plusieurs sociétés, et de la conversion d'une société existante en une société d'une nouvelle espèce.

II. — 1079. *De la prorogation.* Il peut arriver que, pour prévenir la dissolution résultant de la mort de quelqu'un des associés (C. civ., art. 1865), il ait été stipulé, dans le pacte social, qu'en ce cas, la société

continuera avec les héritiers du prédécédé ou seulement entre les associés survivants. Ces dispositions seront suivies, dit l'art. 1868 du Code civil, que nous avons expliqué en traitant des sociétés civiles (*suprà*, nos 709 et suiv.), et sur lequel nous ne reviendrons pas ici. Ajoutons seulement qu'il pourrait être stipulé de même, dans le pacte social, que, dans le cas d'interdiction, de faillite ou de déconfiture de l'un des associés, la société continuerait entre les autres. Et, en outre, notons que, d'après l'art. 54 de la loi du 24 juillet 1867, la société à capital variable, loin d'être dissoute par la retraite, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés, continue de plein droit entre les autres associés. Or, dans ces hypothèses diverses, cela est certain, on ne saurait voir une prorogation dans la continuation de la société, car l'association primitive vit et dure; *elle continue de plein droit,* selon l'expression de l'art. 54 précité : et ce n'est qu'autant qu'elle est dissoute qu'une société peut être prorogée.

Mais supposons que le pacte social n'ait rien prévu à cet égard : la société est dissoute, au contraire, s'il survient l'un de ces événements (décès, interdiction, faillite ou déconfiture de quelqu'un des associés), que la loi range parmi les causes de dissolution. Et si les autres associés conviennent que, néanmoins, leur association subsistera et que les opérations sociales seront continuées, il y a alors prorogation de la société.

1080. Mais qu'est-ce que cette prorogation? Cet accord des parties fait-il que, rétroactivement, la société n'ait pas été dissoute, et que l'existence en soit prolongée dans l'avenir, en sorte que ce serait la même société qui subsisterait? Ou bien une société nouvelle, en se formant par suite de cet accord, ne s'est-elle pas substituée à celle qui, constituée antérieurement, avait pris fin par la dissolution? C'est la question qui se pose; et le point dont nous nous occupons ici est l'un de ceux qui en font le mieux ressortir l'importance et l'intérêt. En effet, supposons une société en commandite par actions constituée antérieurement à la loi de 1856, et prorogée après la mise en vigueur de cette loi. Si la prorogation implique constitution d'une société nouvelle, elle rendra nécessaire, dans notre espèce, l'observation de toutes les règles et de toutes les conditions auxquelles la loi de 1856 a subordonné la constitution définitive des sociétés, puisque la société nouvelle qui résulte de cette prorogation naît et se forme sous l'empire de cette loi. Au contraire, si la prorogation n'implique pas constitution d'une société nouvelle, la société prorogée, dans notre espèce, reste régie par la loi de sa constitution première, puisqu'elle ne fait que continuer la société primitivement établie; et elle échappe aux dispositions de la loi nouvelle. Ainsi, elle peut avoir un capital fractionné en actions ou coupons d'actions d'un taux inférieur à celui que fixe l'art. 1er; elle est régulièrement constituée, bien que le versement du premier quart, rendu obligatoire par le même article, ne soit pas effectué par chacun des actionnaires, en tant, bien entendu, que l'obligation de faire ce versement n'aurait pas été imposée aux actionnaires par les statuts primitifs de la

société. Nous avons vu, en effet, que, soit en ce qui concerne le taux d'émission des actions, soit par rapport au versement du quart et à la souscription du capital, la jurisprudence tient que les lois de 1856 et de 1867 n'ont pas d'effet rétroactif (*suprà*, nos 859 et 875), et, en conséquence, que les dispositions n'en sauraient être appliquées à des sociétés dont la formation serait antérieure à leur promulgation.

L'intérêt de la question apparaît encore nettement dans l'application de l'art. 18 de la loi de 1867, modificatif de l'art. 15 de celle de 1856. Comme nous l'avons expliqué (*suprà*, § 5), les sociétés en commandite par actions, même antérieures à 1856, ont été mises dans la nécessité de constituer un conseil de surveillance conformément aux prescriptions desdites lois, à défaut de quoi chaque actionnaire a le droit de faire prononcer la dissolution de la société; mais elles ont eu, pour se mettre en règle, un délai qui, en définitive, s'est prolongé jusqu'à l'expiration de six mois après la promulgation de la loi de 1867 (*suprà*, nos 1028 et 1029). Il suit de là, dans le système qui ferait de la société prorogée une société dont l'existence se prolonge : 1° que l'on ne pourrait pas demander la dissolution des sociétés en commandite par actions qui, constituées avant 1856, se seraient mises en règle avant l'expiration des premiers six mois qui ont suivi la loi de 1867, alors même qu'elles auraient été prorogées dans l'intervalle; 2° et que les commandites qui ne se seraient pas conformées à l'art. 18 ne pourraient pas être arguées de nullité en vertu de l'art. 7, la seule action ouverte par la loi aux associés étant une action en dissolution de la société. Au contraire, si l'on admet que la prorogation équivaut à la constitution d'une société nouvelle, il en résultera : 1° que cette société, loin de jouir du délai fixé par l'art. 18, devra nommer son conseil de surveillance immédiatement, et avant toute opération sociale (art. 5); 2° et que, faute par la société d'avoir satisfait à cette prescription, elle restera soumise, non plus à l'action en dissolution dont parle l'art. 18, mais, ce qui est bien différent, à la nullité édictée par l'art. 7.

1081. Sans insister davantage sur l'intérêt même de la question, nous disons, pour notre part, qu'en thèse générale, la prorogation d'une société a pour effet d'en prolonger, d'en continuer l'existence, et nullement de lui substituer une société nouvelle. C'est évidemment la continuation de la société qui est dans l'intention des parties. Comment donc cette volonté, toute-puissante à l'effet de donner la vie à la société, de créer sa personnalité morale, resterait-elle sans valeur pour raviver les forces de la société ou pour prolonger son existence? Le législateur ne l'a certainement pas entendu ainsi. Et l'on peut affirmer même qu'il a tranché la question, implicitement au moins, par l'art. 1866 du Code civil. Assurément, il n'aurait pas dit que « la prorogation... ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société », s'il n'avait pas admis que la prorogation n'est, en réalité, autre chose que la constitution d'une société nouvelle. Aussi s'accorde-t-on pour repousser l'affirmation contraire du tribun Boutteville (*suprà*, n° 686). Et la jurisprudence constate, par une longue suite d'arrêts,

qu'en principe, une société prorogée est une société continuée (1), et spécialement que la prorogation, votée depuis la loi du 17 juillet 1856, d'une société en commandite par actions formée antérieurement, n'oblige pas à l'accomplissement des conditions établies par cette loi pour la constitution d'une telle société.

1082. C'est là le principe, sans doute. Mais il comporte certaines réserves et des exceptions. Ainsi, nous admettons la règle sans difficulté dans tous les cas où, la prorogation étant permise ou possible, elle est convenue entre les associés. Par exemple, une société est formée pour une durée déterminée; elle peut être prorogée après l'arrivée du terme qui devait mettre fin à la société : cela s'induit de l'art. 1866 du Code civil. Si la société est prorogée, en effet, il y aura continuation de la même société. Par identité de raison, il en sera ainsi encore si la prorogation est convenue après l'arrivée d'une condition à l'événement de laquelle la société devait s'arrêter.

Mais supposons la société dissoute par la perte totale du fonds social, il est certain qu'elle est réduite à l'impossibilité de continuer ses opérations. Une prorogation ne se concevrait pas en ce cas. Par suite, la reconstitution du fonds social impliquerait constitution d'une société nouvelle, et, sous quelque nom que s'abritât la convention par laquelle ce fonds serait reconstitué, il y faudrait voir la formation d'une association absolument distincte de la société primitive, et, par cela même, assujettie aux règles et aux conditions requises par la loi nouvelle pour la constitution régulière des sociétés.

1083. D'un autre côté, si la prorogation ne constitue pas une société nouvelle, elle est au moins une nouvelle constitution de la société prorogée. Il faut donc, en principe, qu'elle soit consentie par l'unanimité des associés. La majorité, avons-nous dit en traitant des sociétés civiles (*suprà*, nº 687), ne pourrait pas imposer à la minorité la continuation ou la prolongation des relations sociales. Ce qui est vrai des sociétés civiles est assurément vrai aussi des sociétés commerciales fondées sur la considération des personnes. Il semble que, dans la rigueur des principes, et sauf stipulation contraire, cela doit être admis également pour les sociétés de capitaux. Si des actionnaires entendent se prévaloir de la dissolution, comment la société serait-elle maintenue par la seule volonté d'autres actionnaires, même en majorité, qui en voudraient prolonger l'existence? Ils n'ont apporté leurs capitaux que sous la condition de partager les bénéfices qui seraient réalisés avec le fonds social; et du jour de la dissolution ils ont, en vertu du contrat même d'association, le droit de demander la liquidation, c'est-à-dire la réalisation de l'actif et sa répartition entre les intéressé. Ce droit leur appartient en propre; ils ne peuvent pas plus, d'après les principes, en être dépouillés par l'effet d'une décision de la majorité qu'ils ne pourraient être des-

(1) Voy. Cass., 7 juill. 1852; Req., 7 déc. 1858, 24 mai 1869; Rej., 26 mai 1869, 10 et 11 janv. 1870 (Dall., 52, 1, 204; 59, 1, 135; 69, 1, 323 et 401; 70, 1, 60; *J. Pal.*, 1859, p. 1051; 1870, p. 288, 163 et 373; S.-V., 52, 1, 713; 59, 1, 619; 70, 1, 79, 125 et 157).

saisis du droit de demander la dissolution, *ex justâ causâ,* par un vote de l'assemblée. — A la vérité, il a été dérogé à la règle par une disposition expresse et précise. Il résulte de l'art. 31 de la loi du 24 juillet 1867 que, dans les *sociétés anonymes,* l'assemblée générale des actionnaires, qui a à délibérer sur des propositions *de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée,* est régulièrement constituée et délibère valablement si elle est composée *d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social.* Mais c'est là une disposition exceptionnelle. « Il ne s'agit pas là, a dit le rapporteur de la commission dans son premier rapport, d'actes ordinaires de la vie sociale prévus par la convention; il s'agit de modifier, de créer; et si l'on appliquait rigoureusement les principes, il faudrait exiger le consentement unanime des actionnaires. Mais cette rigueur conduirait à une impossibilité, et elle doit fléchir sous la nécessité. » (1) Le commissaire du gouvernement a dit, de son côté, dans la discussion : « Il s'agit des modifications de statuts, des propositions de continuation de la société au delà de son terme ou de dissolution avant ce terme. Pour ces trois cas, régulièrement il faudrait l'unanimité des actionnaires. Cependant, depuis longtemps, en matière de société anonyme, on a fait céder la rigueur des principes sur les points qui nous occupent, afin, notamment, d'éviter les actes de chantage de certains actionnaires qui voudraient se faire acheter leur consentement d'une manière illégitime. » (2) Donc, il est vrai de dire, même pour les sociétés de capitaux, qu'en dehors du cas exceptionnellement prévu par l'art. 31 de la loi du 24 juillet 1867, il faut en revenir aux principes généraux d'après lesquels la prorogation d'une société dissoute n'est possible qu'à la condition d'être consentie par l'unanimité des associés.

Cela étant, supposons, par exemple, une société anonyme dissoute par une cause autre que celle dont il est question en l'art. 31 de la loi de 1867; ou encore une commandite par actions, c'est-à-dire une société que n'a pas en vue ledit article, dissoute par une cause quelconque. La société a pris fin et ne pourrait être prorogée que du consentement de tous les associés. Il arrive pourtant que certains actionnaires, la majorité même si l'on veut, sont d'avis de la continuer, même en laissant aux dissidents la liberté de la tenir pour dissoute, et s'entendent entre eux pour reprendre et suivre les opérations sociales. Il n'est pas possible de dire que la société subsiste et continue (*infrà,* n° 1087); la convention a substitué à cette société, qui a pris fin par la dissolution, une société nouvelle (3) dont la constitution est nécessairement soumise aux règles établies par la loi nouvelle sous l'empire de laquelle elle s'est formée.

---

(1) M. Tripier (*Comm. législ.*, t. I, p. 171).
(2) *Id.* (t. II, p. 196).
(3) La Cour de cassation décide que la délibération par laquelle la majorité des actionnaires d'une société en commandite par actions modifie la société quant aux personnes qui la composent, à la raison sociale, etc., crée en réalité une société nouvelle qui n'engage que ceux des actionnaires qui y ont donné leur consentement (Rej., 14 déc. 1869; Dall., 70, 1, 179; S.-V., 70, 1, 165; *J. Pal.*, 1870, p. 387).

1084. Enfin, la convention de prorogation peut être accompagnée d'autres conventions modifiant plus ou moins sensiblement les stipulations du pacte social. Disons même, pour généraliser nos observations en ce point, qu'on peut, en laissant à l'écart l'idée de prorogation, supposer des modifications au pacte social stipulées au cours de la société et abstraction faite de tout événement susceptible d'entraîner dissolution. La question, qu'il y ait ou n'y ait pas prorogation de la société, sera toujours de savoir si la modification aux statuts d'une société constituée implique constitution d'une société nouvelle. Or, la solution ne saurait être absolue; elle est nécessairement subordonnée à l'importance et à la gravité des conventions modificatives.

1085. Par exemple, des modifications de détail portant sur l'objet de la société ne feraient pas de la société, dont les conditions seraient ainsi modifiées, une association nouvelle. La plupart des sociétés, lorsqu'elles sont prospères, élargissent, on le sait, la sphère de leurs opérations, et exploitent volontiers des branches accessoires ou complémentaires de leur industrie. C'est ainsi que, lors de la création des chemins de fer, nombre d'usines, qui livraient au commerce des fers bruts, se sont mises à transformer le fer en rails en vue d'en retirer un bénéfice plus considérable. Bien évidemment, de telles modifications n'altèrent en rien l'essence même de la société; et elles peuvent s'introduire sans imprimer à la société le caractère de société nouvelle.

Mais il en serait autrement si, abandonnant complétement son objet primitif, la société se lançait dans des entreprises nouvelles, ce qui peut se produire surtout dans les sociétés de crédit. Le changement qui substituerait ainsi à l'entreprise primitive une entreprise toute différente aurait pour résultat, à moins qu'il fût prévu et autorisé par les statuts sociaux, la création d'une société nouvelle, et soumise, à ce titre, aux conditions constitutives des sociétés par actions. Il a été dit pourtant que, bien qu'il y ait réellement constitution d'une société nouvelle en ce cas, il n'y aurait pas lieu de suivre les prescriptions de l'art. 1er soit de la loi de 1856, soit de celle de 1867, touchant le fractionnement et la souscription du capital et le versement du quart, en ce que ces articles se réfèrent uniquement au cas où il y aurait une émission d'actions, ce qui ne se produit pas lorsque la convention change seulement l'objet de la société sans toucher au capital social (1). Nous ne saurions partager cette manière de voir. Du moment qu'il y a, comme on le reconnaît, constitution d'une société nouvelle, cette société est nécessairement régie par la loi en vigueur au moment où elle prend naissance. Or, le changement s'opérant, nous le supposons, sous l'empire des lois de 1856 ou de 1867, la société n'est régulièrement et définitivement constituée qu'autant que ses actions ou coupons d'actions ne sont pas au-dessous du taux fixé par ces lois, que le capital est souscrit en totalité et que chaque actionnaire a versé le quart au moins

(1) Voy. les notes qui accompagnent l'arrêt de la Cour de Paris du 28 mai 1869 dans le Recueil de M. Dalloz (69, 2, 146 et 147).

du montant des actions par lui souscrites. Et vainement se prévaudrait-on, pour se soustraire à ces exigences, de ce que l'émission des actions, dans l'espèce, est antérieure auxdites lois. La souscription des actions primitivement émises est par elle-même sans valeur ni effet au point de vue de la société qui, nouvellement constituée, est venue prendre la place de la première. Ce serait donc aller directement contre la volonté du législateur que s'affranchir des mesures établies comme les garanties dont il a entendu que toute constitution de société fût accompagnée.

1086. Toutefois, nous l'avons fait pressentir, il faut que le changement d'objet n'ait pas été prévu et autorisé par les statuts de la société. Si, en se livrant à des opérations plus étendues ou nouvelles, la société a simplement réalisé une prévision expresse de ses statuts, on ne peut pas dire que l'objet en est changé. Elle fait uniquement ce qu'elle s'était réservée de faire, et, en le faisant, elle reste dans les termes de son contrat et garde, telle qu'elle était au jour de sa constitution, son existence commerciale (1). Bien entendu, nous supposons une réserve directe et bien explicite dans le pacte social. La réserve vague ou générale de modifier les statuts sous telle ou telle condition déterminée, par exemple la stipulation que le pacte social pourra être modifié par une majorité comprenant les deux tiers des actionnaires, ne permettrait pas que, sous prétexte de modification aux statuts, la société substituât à l'objet en vue duquel elle s'est constituée un objet différent qui altérerait son essence. Un tel changement devrait, nonobstant la clause des statuts, être consenti par l'unanimité des actionnaires. Et, même accepté par l'unanimité, il impliquerait création d'une société nouvelle, et, par suite, rendrait nécessaire l'observation des conditions auxquelles la loi subordonne la constitution définitive des sociétés.

1087. Quant aux modifications portant sur le personnel de la société, nous y avons touché d'une manière indirecte en recherchant quand il y a lieu à prorogation d'une société dissoute (*suprà*, nos 1079 et 1081). Nous avons dit, d'après la jurisprudence, qu'une société dissoute par la mort de quelqu'un des associés peut continuer la même si les associés survivants sont d'accord, sur ce point, avec les héritiers du prédécédé. Et si nous avons ajouté qu'en dehors de cet accord, et sauf stipulation contraire dans les statuts, la continuation des opérations sociales implique constitution d'une société nouvelle, c'est justement parce qu'il y a là modification dans le personnel, et qu'en général une telle modification est exclusive de l'idée de prorogation. Il en est ainsi du moins pour les sociétés dans lesquelles l'élément personnel tient le rôle principal (2).

---

(1) Ainsi décide la Cour de Paris par l'arrêt du 28 mai 1869, cité à la note précédente.

(2) Dans les sociétés de capitaux, où habituellement le nombre des actionnaires se modifie et augmente par émission de nouvelles actions, les modifications dans le personnel se lient aux modifications du capital social. Nous y revenons *infrà*, n° 1089.

Nous avons dit de même (n° 1083) qu'aux termes de l'art. 31 de la loi de 1867, les sociétés anonymes, dissoutes par l'expiration du terme assigné à leur durée, sont valablement prorogées lorsqu'une assemblée composée d'un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social a voté la prorogation. Mais nous avons ajouté que, sauf cette hypothèse dans laquelle le vote de la majorité lie et oblige la minorité, la société restant définitivement dissoute, si la minorité refuse de consentir la prorogation, il en résulte que la majorité ne peut continuer les opérations sociales ou se livrer à des opérations du même genre qu'en constituant une société nouvelle (1). Pourquoi? Précisément encore parce que le personnel social est modifié, et aussi parce que la détermination de la minorité de ne plus faire partie de la société a pour effet la diminution du fonds social par la volonté des associés, ce qui ne saurait être dans les sociétés qui ne sont pas constituées à capital variable.

1088. Les modifications relatives à l'administration et au fonctionnement de la société ont moins d'importance; on peut dire qu'en général, elles n'altèrent pas la société dans son essence et que, par conséquent, elles la laissent subsistante. Ainsi, le gérant statutaire d'une société en commandite vient à mourir; si les associés sont unanimes pour proroger la société, en en confiant la gérance à l'un d'eux, ils le peuvent faire, et ainsi modifiée, la société ne cessera pas d'être la société primitivement constituée. De même, dans les sociétés anonymes, les modifications relatives à la composition des assemblées générales ou du conseil d'administration, aux pouvoirs respectifs de l'assemblée et du conseil, aux fonctions du conseil de direction ou du directeur, ne touchent pas à l'existence même de la société. Ce pourra être une question de savoir si les sociétés anciennes qui veulent rester sous la loi de leur institution, conformément au paragraphe 1er de l'art. 46, auront besoin de l'autorisation du conseil d'État pour opérer de telles modifications; et, sur ce point, nous renvoyons aux observations présentées dans le paragraphe précédent (*suprà*, n° 1069). Mais, en général, la modification opérée ne saurait faire de la société anciennement constituée une société nouvelle, ni, par conséquent, rendre applicables les dispositions des lois nouvelles relativement à la constitution des sociétés.

1089. Arrivons à l'une des modifications les plus importantes, celle qui toucherait à la composition du fonds social.

Nous avons dit plus haut, en nous occupant des sociétés anonymes, qui, antérieures à la législation actuelle, veulent rester sous la loi de leur constitution, que le conseil d'État refuse l'autorisation lorsque la modification du capital social tend à la diminution de ce capital (*suprà*, n° 1069, 3°). Le motif est pris de ce que le capital social est le gage des tiers et qu'il n'appartient pas aux actionnaires de diminuer ce gage

(1) Voy. l'arrêt de rejet du 14 déc. 1869, cité sous le n° 1083.

dans leur propre intérêt. Par ce motif aussi, il faut dire que la réduction du capital social ferait obstacle à la continuation de la société. Si donc une société de capitaux anciennement constituée réduit son capital, soit que ce capital ne se trouve plus en rapport avec ses affaires actuelles, soit par tout autre motif, elle constitue à vrai dire une société nouvelle; et il faut qu'à défaut des garanties nécessairement amoindries par la diminution du capital social, les tiers trouvent au moins celles que les lois nouvelles ont créées dans leur intérêt. Ainsi, la modification rendra nécessaire l'observation des prescriptions des lois nouvelles touchant la division ou le fractionnement du capital social, la souscription de ce capital en totalité, le versement obligatoire du quart par chaque actionnaire, etc., etc.

Mais ce n'est pas pour le réduire que les sociétés modifient leur capital social. Les modifications de ce genre tendent plus habituellement à une augmentation, à laquelle il est pourvu, en général, par émission d'actions nouvelles. En sera-t-il de même en ce cas? La Cour de cassation a eu à se prononcer sur la question, et elle a décidé spécialement que la prorogation votée depuis la loi du 17 juillet 1856 d'une commandite par actions formée antérieurement ne constitue pas, *alors même qu'elle aurait été accompagnée d'un accroissement de capital* arrêté du consentement unanime des actionnaires, une société nouvelle soumise aux prescriptions de cette loi et notamment au versement du quart exigé par l'art. 1er (1). La décision, à notre avis, peut paraître trop absolue; et, pour notre part, nous appliquerions ici la distinction proposée plus haut (n° 875) sur la question de savoir si l'accomplissement des conditions requises par l'art. 1er de la loi, nécessaire pour le capital de fondation, doit être exigé pour les augmentations du capital qui, au cours des opérations sociales, seraient votées par l'assemblée générale des actionnaires. Par suite, la décision ci-dessus ne serait exacte, à notre avis, que s'il s'agissait d'une augmentation de capital prévue et autorisée par les statuts de la société. Dans ce cas, en effet, si la société, usant de la faculté que ses statuts lui ont réservée, augmente son capital, même en appelant à elle de nouveaux actionnaires, elle agit en exécution du pacte qui la lie, loin de faire un nouveau pacte social. C'est donc alors la même société qui continue; ce n'est pas une autre société qui se forme; et, par suite, elle n'a pas à se soumettre à des conditions auxquelles elle n'est pas assujettie par la loi de sa constitution.

Mais c'est autre chose quand il s'agit d'une augmentation de capital non prévue par les statuts de la société. Comme nous l'avons exprimé (*loc. cit.*), la société qui s'est formée avec un capital déterminé, divisé en actions dont la valeur et le nombre sont fixés, a posé par là les bases et l'une des conditions fondamentales du contrat. Si elle y

(1) Req., 24 mai 1869 (*J. Pal.*, 1870, p. 288; S.-V., 70, 1, 125; Dall., 69, 1, 323). Voy. aussi Paris, 28 mai 1869; Rej., 26 mai 1869; Grenoble, 28 déc. 1871 (Dall., 69, 2, 145; 1, 401; 72, 2, 206; S.-V., 70, 2, 69; 1, 79; 72, 2, 37; *J. Pal.*, 1870, p. 163; 1872, p. 210).

touche ensuite, si elle change cette condition par une augmentation de ce capital et par un appel à de nouveaux actionnaires, elle établit, à vrai dire, une autre société, une société nouvelle par son capital, qui n'est plus celui qu'avait fixé le pacte primitif, et par son personnel, auquel vont s'adjoindre les actionnaires qui répondront à l'appel en souscrivant des actions nouvelles. A la société qui s'était formée sous l'empire des lois anciennes succède alors une autre société, qui naît et se forme sous l'empire des lois nouvelles. Et, par cela même, cette société ne saurait à aucun titre se soustraire aux obligations créées par ces lois comme la condition même de la constitution des sociétés.

A côté des modifications partielles dont nous venons de parler, on en peut supposer de plus radicales ou de plus complètes. Il peut arriver, soit qu'il y ait modification à la fois dans le personnel, dans l'objet et dans le capital de la société, soit que la société, existant sous une forme, se convertisse en société d'une autre espèce. Alors se produisent les cas de fusion et de transformation, dont il nous reste à nous occuper.

III. — 1090. *De la fusion.* Les conventions par lesquelles plusieurs sociétés de même industrie ou d'industries similaires se réunissent ou fusionnent ne sont pas rares dans la pratique. On a vu des entreprises de transport par terre ou par eau se réunir et confondre leurs intérêts pour faire ensemble, à un chemin de fer, une concurrence que, prise isolément, aucune d'elles n'eût même songé à tenter. On a vu des sociétés de peu d'importance qui, ne pouvant soutenir la lutte avec une compagnie puissante à côté de laquelle elles vivent, se fondent dans celle-ci, qui les absorbe ou les continue. On a vu des entreprises distinctes et séparées qui, pour simplifier leur marche ou diminuer les frais généraux, établissent, par leur réunion, un centre commun d'opérations, pour continuer leur œuvre dans cette situation nouvelle. Ces combinaisons, en elles-mêmes, sont parfaitement légitimes. Elles sont licites aussi, et, dès lors, réalisables, sauf l'accomplissement des conditions nécessaires. Ainsi, sans parler des conditions extrinsèques (l'acte écrit, la publication), dont il va être question au chapitre suivant, il faut avant tout qu'une telle modification au pacte social soit agréée et consentie par les associés. Sur quoi, il s'agit uniquement de savoir si une majorité suffit pour les lier tous, ce qui se résout par une distinction. Quant aux sociétés dont les statuts n'auraient pas prévu la fusion, une majorité, quelle qu'elle fût, serait insuffisante : la fusion ne serait valable et obligatoire qu'autant qu'elle aurait été votée à l'unanimité par les actionnaires. Au contraire, quant aux sociétés qui par leurs statuts auraient prévu et autorisé la fusion, la majorité lierait la minorité, pourvu d'ailleurs que le vote émanât d'une assemblée générale régulièrement composée. Ceci est sans difficulté.

1091. Mais est-ce tout? Ne faut-il pas exiger, en outre, l'accomplissement des conditions auxquelles est aujourd'hui subordonnée la constitution définitive des sociétés par actions? C'est demander si l'association qui résulte de la fusion constitue une société nouvelle, ou si les

sociétés fusionnées sont simplement des sociétés prorogées. Or, c'est là une question d'espèce plutôt que de principe, une question à résoudre, dès lors, suivant les circonstances, et cela s'induit nettement des arrêts intervenus sur ce point.

Ainsi, une société en commandite par actions s'était fondée au mois de mai 1856, par conséquent avant la promulgation de la loi du 17 juillet 1856, pour accomplir certaines opérations immobilières. Au mois de novembre suivant, après la mise en vigueur de la loi nouvelle, une autre société, constituée en vue d'opérations semblables dans un autre périmètre, s'est annexée à la précédente, aux termes d'un acte dit traité de fusion. Néanmoins, des actions, primitivement émises à 100 francs, ont été conservées à ce taux : de là des poursuites contre les gérants pour infraction à l'art. 1er de la loi du 17 juillet 1856. Mais la Cour de Paris a estimé « qu'une société régulièrement constituée forme une personne civile qui continue de subsister tant qu'elle n'est pas dissoute par une des causes prévues par la loi ; que, dans l'espèce, les parties avaient expressément manifesté l'intention de maintenir la société primitive telle qu'elle existait ; qu'il était d'ailleurs évident que la conservation des statuts de cette société avait été l'une des causes déterminantes du traité de fusion ;... qu'il fallait donc uniquement rechercher si les stipulations faites par les parties avaient eu pour effet nécessaire de mettre fin à la société primitive ; que, bien loin qu'il en fût ainsi, l'apport fait à cette société rentrait dans l'objet spécial qu'elle se proposait d'après ses statuts primitifs ; que les légères modifications apportées aux statuts étaient sans importance ; que la raison sociale, l'objet de la société, sa durée, son capital, étaient demeurés les mêmes ; que la même compagnie avait donc continué de subsister, et qu'il n'y avait pas eu naissance d'une société nouvelle. » (1)

1092. Nous trouvons une appréciation différente de la même Cour dans un autre arrêt dont nous avons eu déjà à apprécier la portée (*suprà*, nos 859 et 886). Dans l'espèce, une société était constituée, depuis l'année 1854, au capital de 3 millions, représentés par 30 000 actions de 100 francs, en vue d'exploiter des brevets pris pour la fabrication du caoutchouc durci. Plus tard, en 1857, elle a conclu, avec trois autres sociétés existant auprès d'elle, un traité dont les effets furent, indépendamment d'une notable extension de fabrication : 1° la fusion des quatre sociétés en une seule et la réunion de tous leurs actionnaires sous une raison sociale commune ; 2° l'élévation du capital primitif de la société du caoutchouc durci au chiffre de 5 millions et la fixation du nombre des actions à 34 000, dont 4 000 nouvelles de 500 francs chacune, tandis que les 30000 anciennes restaient fixées à 100 francs. Dans ces circonstances, la Cour de Paris n'a pas cru devoir s'arrêter aux énonciations de l'acte de fusion, lequel qualifiait les dispositions nouvelles de modification des statuts primitifs de la société générale du

---

(1) Arrêt du 21 août 1860, rapporté par les Recueils avec l'arrêt de rejet de la ch. crim. du 8 févr. 1861 (*J. Pal.*, 1862, p. 346).

caoutchouc durci; elle a considéré qu'il y avait là un changement pr fond et essentiel dans les choses comme dans les personnes qui sul stituait une société nouvelle à l'ancienne. Et, en conséquence, elle décidé que la constitution de la société ayant eu lieu postérieuremer à la loi du 17 juillet 1856, les prescriptions de cette loi devaient êt observées (1).

1093. Ces solutions opposées ne sont pas contraires en droit. Ell expliquent et justifient ce que nous disions tout à l'heure, à savoir qu' s'agit ici d'une question de fait plutôt que de principe. Et c'est pou cela sans doute que la Cour de cassation n'a pas été appelée à statue directement. Elle a décidé à diverses reprises soit qu'une société con stituée par voie de fusion de plusieurs sociétés peut être tenue des en gagements de celles-ci, même antérieurs à la fusion (2), soit que cett société peut profiter des engagements pris antérieurement envers le sociétés fusionnées (3). Mais elle n'a pas dit et n'a jamais eu à dire s ou non la fusion de deux ou plusieurs sociétés donnait par elle-mêm naissance à une société nouvelle venant se substituer aux sociétés fu sionnées. C'est que la question n'est pas susceptible d'être résolue en thèse. Il peut arriver que, par l'effet de la fusion, l'une des société réunies absorbe les autres, en sorte qu'il soit permis de la reconnaître et de dire qu'elle subsiste la même, bien que modifiée. Dans ce cas, l'ancienne société subsiste et continue à être régie par la loi de sa con stitution. Pareillement, si des sociétés distinctes se réunissent, et, sans se confondre, établissent un centre commun d'opérations, on décidera qu'il n'y a de changé que leurs conditions d'existence, qu'au fond et dans la réalité des faits, chacune d'elles reste avec sa personnalité telle qu'elle est issue de sa constitution propre. Mais si à raison des modi fications profondes dont elle est accompagnée la fusion a pour effet non plus d'absorber les sociétés fusionnées, mais d'en détruire ou d'en alté rer les éléments essentiels, de se substituer à elles et de les remplacer, alors apparaît une société nouvelle dont la personnalité juridique est absolument distincte des sociétés dont elle est la fusion. Et, par suite, cette fusion n'est valable qu'autant qu'il sera satisfait aux prescriptions de la loi sous l'empire de laquelle elle est opérée.

IV. — 1094. *De la transformation.* Il en faut dire autant et à plus forte raison de la conversion d'une société en une société d'une autre espèce, par exemple d'une société en commandite par actions en une société anonyme. La Cour de Besançon a cependant décidé que cette

(1) Paris, 24 mars 1859 (Dall., 59, 2, 146; S.-V., 59, 2, 437; *J. Pal.*, 1859, p. 365).

(2) Voy. notamment Req., 18 juill. 1865 (Dall., 66, 1, 88; *J. Pal.*, 1865, p. 963; S.-V., 65, 1, 370).

(3) Req., 16 avr. 1872 (S.-V., 72, 2, 229; *J. Pal.*, 1872, p. 544; Dall., 73, 1, 72). C'est à tort que cet arrêt est signalé dans ce dernier Recueil comme ayant jugé que le changement de la raison sociale et du gérant, et la fusion prévue par les statuts originaires, *n'entraînent pas légalement la création d'une société nouvelle.* C'est un point que la Cour n'a pas voulu résoudre, et l'arrêt se borne à décider qu'un marché de fournitures passé avec une société peut être valablement cédé par elle, à titre d'apport, à une autre société avec laquelle elle fusionne et envers laquelle, par suite, le fournisseur se trouve obligé.

transformation est valable, encore bien qu'au moment où la société anonyme a été substituée à la société en commandite par actions le taux des actions fût, par suite de la diminution du capital social, au-dessous du *minimum* fixé par l'art. 1er de la loi du 24 juillet 1867. Le motif est pris notamment de ce qu'une telle transformation ne serait pas l'anéantissement de l'état ancien, en ce que, lorsque les personnes et les choses restent les mêmes, la société ne change pas au fond et n'est modifiée que dans sa forme (1). Mais cette modification dans la forme entraîne un changement dans les éléments essentiels de la société. Il n'est pas exact, en effet, de dire que les personnes et les choses restent les mêmes lorsqu'une commandite par actions se transforme en société anonyme. La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés en nom, responsables et solidaires, et un ou plusieurs associés, simples bailleurs de fonds; elle est régie sous un nom social, gérée et administrée par l'un ou par plusieurs des associés obligés aux dettes (C. comm., art. 23 et suiv.). Tout cela est de l'essence de la commandite. Quant à la société anonyme, elle n'existe pas sous un nom social; elle est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise; les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société; elle a des administrateurs investis de fonctions temporaires (C. comm., art. 29 et suiv.; l. 24 juill. 1867, art. 22). Comment donc peut-on dire d'une conversion par l'effet de laquelle cette dernière organisation est substituée à la première qu'elle n'équivaut pas à la constitution d'une société nouvelle? Est-ce que tout n'est pas changé? A des associés en nom sont substitués des actionnaires; à la place de personnes directement obligées, il n'y a plus que des capitaux. De telles modifications touchent évidemment à l'essence même des choses, et, lorsqu'elles se produisent, il y a dans la réalité du fait anéantissement ou dissolution de la société primitivement constituée et constitution d'une société nouvelle. Mieux inspirée, à notre avis, que la Cour de Besançon, la Cour de Lyon l'a décidé ainsi; elle en a conclu que la transformation d'une commandite en société-anonyme doit, à peine de nullité, être délibérée non par l'assemblée générale ordinaire, mais par l'assemblée générale extraordinaire, composée de tous les actionnaires, conformément à l'art. 27, § 2 (2). Il en faut conclure aussi qu'au moment où la transformation s'opère, la société anonyme, qui prend naissance et succède à la commandite, doit accomplir toutes les conditions auxquelles la loi du 24 juillet 1867 a subordonné la constitution définitive des sociétés par actions.

Au surplus, cette transformation d'une société en une société d'une autre espèce a été prévue par cette loi elle-même, et spécialement réglée dans deux cas qu'il nous reste à préciser.

1095. Le premier a précisément pour objet la conversion des commandites par actions en sociétés anonymes. Aux termes de l'art. 19,

(1) Besançon, 15 juin 1869 (*J. Pal.*, 1870, p. 453; S.-V., 70, 2, 105; Dall., 70, 2, 13).

(2) Lyon, 6 févr. 1868 (*J. Pal.*, 1868, p. 698; Dall., 68, 2, 63; S.-V., 68, 2, 165).

« les sociétés en commandite par actions antérieures à ladite loi, dont les statuts permettent la transformation en sociétés anonymes autorisées par le gouvernement, pourront se convertir en sociétés anonymes dans les termes déterminés par le titre II de la loi, en se conformant aux conditions stipulées dans les statuts pour la transformation. » On aperçoit quelle est l'hypothèse. La loi se réfère au cas où les statuts d'une société en commandite l'autorisaient, sauf l'accomplissement de certaines conditions, à se transformer en société anonyme; et elle suppose la société constituée sous l'empire de la loi ancienne, c'est-à-dire à une époque où une société anonyme ne pouvait être formée sans l'autorisation du gouvernement. La question était de savoir si la clause des statuts autorisant la transformation pouvait encore lier les associés, alors que, par l'effet de la loi nouvelle qui était venue supprimer la nécessité de l'autorisation, les associés ne trouvaient plus les garanties en considération desquelles ils avaient pu être déterminés à adhérer à la clause autorisant la transformation. La question avait quelque chose de délicat qui n'a pas échappé aux rédacteurs de la loi. « Quand les associés, est-il dit dans le rapport de la commission, ont stipulé les conditions de la transformation,... ils agissaient sous l'empire d'une loi qui subordonnait la société anonyme à l'autorisation du gouvernement. Pour les actionnaires absents, pour la minorité même, vaincue dans l'assemblée générale, il y avait là un recours ultérieur, un contrôle, une garantie, en vue desquels ils ont traité. Or, si le projet est consacré, tout cela disparaît sans retour... Il ne peut plus être question de l'autorisation du gouvernement. Supprimée en principe, elle ne peut se survivre à elle-même pour permettre à des conventions isolées de recevoir leur exécution littérale... Cela étant, si la majorité déterminée par les statuts veut imposer une transformation à la minorité, celle-ci n'est-elle pas en droit de dire : « La société anonyme que j'ai acceptée » en principe, c'est celle du Code de commerce, autorisée par le gou- » vernement; là où cette autorisation n'existe plus, je suis déliée, à » moins qu'on ne méconnaisse l'esprit du contrat, l'intention des par- » ties, qui en est l'âme... »

Néanmoins, on n'a pas cru devoir s'arrêter à ces considérations. On a pensé que s'il faut maintenir la règle de la non-rétroactivité des lois, respecter les droits acquis et ne pas porter atteinte aux conventions, il est pourtant des cas où les lois nouvelles peuvent s'étendre même au passé. « Sans doute, continue le rapport, le législateur doit en user à cet égard avec une réserve extrême; mais s'il peut user de son pouvoir, c'est manifestement dans le cas où la violence ainsi faite aux conventions privées est plutôt *théorique* que *pratique,* s'il est permis de parler ainsi. Or, que fait-on, sinon autoriser une transformation *prévue* et *permise* par les statuts des sociétés en commandite existantes, c'est-à-dire par la volonté des parties. Qu'ajoute-t-on à la convention ou qu'en retranche-t-on? On substitue la forme nouvelle de la société anonyme à l'ancienne, qui est supprimée, et l'on efface l'autorisation du gouvernement. Mais, à vrai dire, dans quel intérêt, surtout cette

autorisation et la surveillance qui en est le corollaire, ont-elles été exigées jusqu'ici, sinon dans l'intérêt des tiers, et quel risque sérieux ceux-ci peuvent-ils courir par les facilités données, à l'avenir, à la création des sociétés anonymes? Ils sont avertis par les statuts de la transformation prévue, et la publicité les avertit de la transformation réalisée; il n'y a donc pour eux aucun péril. Quant aux actionnaires, on ne leur impose rien de nouveau, puisqu'ils ont stipulé, dans la convention qui les lie, la transformation et ses conditions. Si ces conditions contractuelles étaient modifiées par la loi de manière à altérer leurs garanties, leurs plaintes seraient légitimes; mais peuvent-ils se plaindre là où ces conditions sont respectées? » (1)

Ces observations, il faut bien le dire, n'étaient rien moins que topiques. N'était-ce pas précisément altérer les garanties des actionnaires que leur imposer l'anonymat, devenu libre après coup et par l'effet de la loi nouvelle, alors qu'au moment où ils avaient adhéré aux statuts stipulant une transformation éventuelle ou possible, la seule forme permise était la société anonyme autorisée? Quoi qu'il en soit, elles ont prévalu et l'art. 19 a été voté. La question est donc tranchée. Ainsi, la loi nouvelle, qui a proclamé le régime de la liberté pour les sociétés anonymes, laisse aux sociétés antérieures en commandite par actions la faculté de se convertir en sociétés anonymes dans les termes de ladite loi, c'est-à-dire en sociétés libres. Et, fût-il formellement stipulé dans les statuts, et non simplement sous-entendu, que la transformation ne serait opérée qu'*en vertu de l'autorisation du gouvernement*, cette faculté n'en existerait pas moins.

1096. Mais, en toute hypothèse, il faut que la transformation ait été prévue et permise par les statuts. Cela résulte des termes mêmes de la loi. Est-ce à dire, pourtant, que la tranformation en société anonyme ne soit pas possible pour les commandites antérieures à 1867, dont les statuts ne l'ont ni permise, ni même prévue? En aucune façon. Seulement, il s'agit là d'une modification qui atteint la société préexistante dans ses éléments essentiels; à la place des gérants, tenus indéfiniment, que les actionnaires avaient devant eux dans la première organisation de la société, ils n'auront plus, dans l'organisation nouvelle, que des administrateurs tenus simplement dans la mesure de leur mise. On conçoit que la substitution de ce nouvel état de choses à l'ancien ne saurait être l'œuvre d'une majorité quelconque. Il faut l'assentiment de tous les actionnaires. La résistance d'un seul ferait obstacle à la conversion, qui n'est possible, en ce cas, qu'autant qu'elle est consentie par tous.

1097. C'est en cela, d'ailleurs, que ce cas se distingue du précédent. Lorsque la conversion a été prévue et permise, il suffit, d'après le texte même de l'art. 19, que la société se conforme, pour l'opérer, *aux conditions stipulées dans les statuts pour la transformation*. La commission du Corps législatif avait voulu exiger davantage. La majorité requise pour la validité des délibérations de l'assemblée générale, disait-

(1) M. Tripier (*Comment. législ.*, t. I, p. 148 et suiv.).

elle, varie, dans la pratique, suivant qu'il s'agit des actes de la vie normale et quotidienne, ou d'une modification à apporter à l'objet de la société, à son capital ou à quelques-uns de ses éléments essentiels. Dans ces derniers cas, on exige une majorité plus forte. Et la commission, estimant qu'on pouvait leur assimiler la transformation de la commandite en société anonyme, proposait de dire que « cette transformation devrait réunir la majorité la plus forte, exigée par les statuts pour la validité des délibérations de la société. » (1) Mais l'amendement n'a été admis ni par le conseil d'État, ni par le Corps législatif. Il en résulte que lorsque les conditions de la transformation ont été réglées par les statuts, la transformation est obligatoire pour tous dès qu'elle a été votée conformément à ces conditions et par la majorité qu'elles déterminent. — Que si, en prévoyant la conversion, les statuts avaient omis de fixer soit la majorité nécessaire pour l'opérer, soit le mode d'appel des actionnaires et la composition de l'assemblée, il y aurait lieu de se référer à la loi commune. Dès lors, tous les actionnaires devraient être convoqués; ils voteraient par tête, et la conversion serait valable et obligatoire pour tous si elle obtenait une majorité de plus de moitié (2).

1098. Le second cas de conversion prévu par la loi de 1867 est relatif aux sociétés à responsabilité limitée. Suivant le paragraphe 1er de l'art. 47, « les sociétés à responsabilité limitée pourront se convertir en sociétés anonymes dans les termes de la présente loi, en se conformant aux conditions stipulées pour la modification de leurs statuts. » Cette disposition n'existait pas dans le projet du gouvernement, dont l'article correspondant se bornait à la formule d'abrogation contenue aujourd'hui dans le paragraphe 2. Le gouvernement avait pensé que la faculté pour les sociétés à responsabilité limitée de se transformer en sociétés anonymes dans les termes de la loi nouvelle était de droit, en quelque sorte, comme découlant de l'art. 46, par lequel, on l'a vu plus haut (n° 1070), cette faculté était conférée aux sociétés anonymes du Code de commerce. C'est ce que le ministre d'État et des finances exprimait, à la séance du 3 juin 1867, à propos d'un amendement dont l'objet était de faire étendre aux sociétés à responsabilité limitée la disposition de l'art. 19 relative à la conversion des sociétés en commandite par actions. La société à responsabilité limitée, répondait le ministre, existant aujourd'hui en vertu de la loi de 1863, n'est rien autre chose qu'une société anonyme distincte des autres par la quotité du capital. C'est là la principale différence entre les sociétés à responsabilité limitée régies par la loi de 1863 et les sociétés qui seront régies par la loi en discussion. La même faculté (la faculté de conversion) existera donc (3). Le ministre concluait que la faculté de conversion n'avait pas à être énon-

---

(1) M. Tripier (*Comment. législ.*, t. I, p. 151 et 152).

(2) *Conf.* M. Vavasseur (n° 304). Voy. cependant M. Alauzet, qui assimile ce cas à celui où les statuts n'auraient pas prévu la conversion, et tient en conséquence que la conversion ne serait possible qu'à la condition d'être admise par l'unanimité (n° 527).

(3) M. Tripier (*Comment. législ.*, t. II, p. 80).

cée, et, en tous cas, que, fût-elle jugée utile, l'énonciation trouverait sa place naturelle non dans l'art. 19, mais dans un article additionnel aux dispositions sur les sociétés à responsabilité limitée.

Toutefois, l'observation n'était juste qu'en ce dernier point. La commission législative, à laquelle fut renvoyé l'art. 47, fit nettement ressortir, dans un rapport supplémentaire, l'intérêt réel qu'il y avait à ce que la loi s'expliquât. Sans cela, dit-elle, il eût été à craindre qu'on ne pût dire aux sociétés nées sous l'empire de la loi du 23 mai 1863, abrogée pour l'avenir, mais qui continuait à régir le passé : « La loi qui a présidé à votre naissance vous interdit d'étendre votre capital au delà de 20 millions. Si vous voulez dépasser ce chiffre, il faut vous liquider et subir les formalités et les frais d'une véritable création nouvelle. » Ce langage, si rigoureux qu'on le juge, aurait dû être écouté par les tribunaux, et, faute d'une explication facile et simple, le but de la loi aurait été en partie manqué ; car, en supprimant l'autorisation en matière de société anonyme, elle a voulu, tout en respectant l'existence de celles qui, nées sous le Code de commerce, voudraient en conserver le bénéfice, effacer toute différence entre les sociétés qui s'étaient formées depuis 1863, avec le capital limité que leur imposait la loi, et celles qui naîtraient à l'avenir (1). — De là l'insertion dans l'art. 47, primitivement réduit à la formule abrogative du paragraphe 2, de la disposition du paragraphe 1er, qui consacre la faculté de conversion.

Ainsi, les sociétés à responsabilité limitée, fondées sous la loi de 1863, peuvent rester soumises pendant toute leur durée à cette loi de 1863, qui n'a été abrogée que pour l'avenir. Bien qu'à la différence de l'art. 46 relatif aux sociétés anonymes du Code de commerce (*suprà*, n° 1068), l'art. 47 ne le dise pas expressément, cela n'en est pas moins certain : c'est une conséquence nécessaire du principe de la non-rétroactivité des lois. Mais si elles sont soumises de plein droit à cette loi de 1863, elles peuvent s'en dégager en usant de la faculté de conversion que leur confère l'art. 47, § 1er, de la loi de 1867. Et si elles usent de cette faculté, elles acquièrent le droit de fixer à leur gré le chiffre de leur capital qui, de par la loi sous l'empire de laquelle elles sont nées, ne pouvait pas dépasser 20 millions. Seule, la conversion peut leur conférer un tel droit, et c'est précisément l'intérêt qu'il y avait à consacrer expressément la faculté de l'opérer.

1099. Mais à quelles conditions la conversion est-elle possible ? L'article 47 répond que les sociétés à responsabilité limitée pourront se convertir en sociétés anonymes dans les termes de la loi nouvelle, *en se conformant aux conditions stipulées pour la modification de leurs statuts*. Ainsi, la loi part de l'idée qu'il s'agit en définitive ici d'une modification aux statuts ; elle se réfère, dès lors, à l'art. 31, qui, s'appropriant la disposition de l'art. 14 de la loi de 1863, exprime que les assemblées qui ont à délibérer sur un tel objet ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont com-

(1) *Ibid* (t. I, p. 263).

posées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que si, en prévision de modifications aux statuts, des conditions spéciales avaient été fixées par le pacte social, la conversion ne serait validée que par l'exacte observation des conditions stipulées.

1100. D'après quelques auteurs, il faudrait exiger davantage et décider que les sociétés à responsabilité limitée ne peuvent se convertir en sociétés anonymes qu'autant que la possibilité de cette transformation a été prévue dans leurs statuts (1). Et à l'appui de cette solution on pourrait invoquer quelques mots détachés de la discussion : « Il ne paraît pas douteux, a-t-il été dit, en effet, que la société à responsabilité limitée *qui aura prévu la possibilité de transformation dans ses statuts* pourra la faire. » (2) Toutefois, la solution n'est pas admissible, et cela ressort nettement du rapprochement des art. 47 et 19. Ce dernier article, qui a trait à la transformation des sociétés en commandite par actions, subordonne formellement à la prévision des statuts la possibilité de cette transformation (*suprà,* n° 1096). Or, l'art. 47 n'a rien dit de semblable, pas plus, d'ailleurs, que l'art. 46, relatif à la transformation des sociétés anonymes. Et cette différence dans la rédaction de ces divers articles s'explique à merveille. « Très-fréquemment, comme l'exprime l'Exposé des motifs de la loi à propos de l'art. 19, la forme des sociétés en commandite n'est, dans la pensée de ceux qui l'adoptent, que temporaire ou transitoire; la constitution d'une société anonyme est le véritable but qu'ils se proposent. » (3) Il est donc tout naturel que les statuts des commandites par actions prévoient et autorisent la transformation, et l'on comprend que l'art. 19 n'ait consacré la faculté de se transformer qu'en faveur des sociétés en commandite qui se l'étaient réservée. Mais comment la faculté de se transformer en sociétés anonymes aurait-elle pu être réservée par les statuts soit des sociétés anonymes fondées sous le Code de commerce, soit des sociétés à responsabilité limitée établies sous l'empire de la loi de 1863? Les fondateurs ne pouvaient pas prévoir qu'un jour viendrait où la société anonyme serait affranchie soit de l'autorisation gouvernementale exigée par le Code de commerce, soit de la limitation du capital social établie par la loi de 1863. On ne peut donc pas supposer que le législateur ait entendu subordonner à la condition d'une prévision impossible le bénéfice de la transformation qu'il a mis à la disposition de cette classe de sociétés (4).

(1) Voy. MM. Rivière (n° 307) et Alauzet (n° 573).
(2) *Comment. législ.* (t. II, p. 77 et 80).
(3) *Ibid.* (t. I, p. 32).
(4) Voy., en ce sens, M. Bédarride (n°s 518 et 521).

CHAPITRE SECOND

CONDITIONS EXTRINSÈQUES NÉCESSAIRES POUR LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

SOMMAIRE.

I. 1101. La rédaction d'un écrit et la publicité sont deux conditions extrinsèques étroitement liées à la personnification des sociétés de commerce. — 1102. Historique : Édit de Blois de 1579, Code Michaud, Ordonnance de 1673. — 1103. Règles établies par cette dernière ordonnance ; leur imperfection ; elles tombent en désuétude. — 1104. Transition aux dispositions du Code de commerce. — 1105. Décret du 12 février 1814 et loi du 31 mars 1833. — 1106. Lois du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions et du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée. — 1107. Loi de 1867, qui constitue aujourd'hui le dernier état de la législation ; économie de cette loi en ce qui concerne les conditions extrinsèques relatives aux sociétés. — 1108. Division.

I. — 1101. Les sociétés revêtues de l'une des formes commerciales, avons-nous dit en indiquant l'ensemble des conditions constitutives du contrat de société (*suprà*, n° 820), se distinguent des sociétés civiles en la forme et au fond, en ce qu'elles donnent naissance à une personne juridique qui, désormais, aura un patrimoine distinct, qui traitera en son nom avec les tiers, qui pourra ester en justice. De telles sociétés ne pouvaient donc être considérées comme procédant d'un contrat purement consensuel. Aussi, outre les conditions *intrinsèques* qui ont fait l'objet du chapitre précédent, sont-elles soumises à des conditions *extrinsèques*, également nécessaires pour leur constitution. Ces conditions, dont nous avons maintenant à nous occuper, consistent, comme nous l'avons dit : 1° dans la rédaction d'un écrit qui constate la formation de la société, c'est-à-dire l'avénement de l'être moral à la vie civile; 2° dans un ensemble de mesures destinées à assurer la conservation de l'écrit et à faire connaître l'existence de la société, dans l'intérêt des tiers qui auraient à traiter avec elle. C'était là, d'ailleurs, une nécessité résultant de la personnification des sociétés commerciales. L'écrit, en effet, met les associés dans l'impossibillté soit de renier leur commune responsabilité, soit de mettre à l'écart des clauses onéreuses pour les uns ou pour les autres. Par la publicité, les tiers sont mis en mesure de connaître au juste le crédit et la confiance qu'ils peuvent faire à la société. Les deux formalités sont donc étroitement liées à l'idée de personnification des sociétés commerciales; elles en sont inséparables dans toute législation bien conçue et bien coordonnée. Et pourtant nous allons voir que, malgré de très-sérieux efforts tentés en France par la législation antérieure au Code de commerce, les dispositions législatives ne répondirent que très-imparfaitement à cette nécessité.

1102. L'Édit de Blois de mai 1579 a été le premier acte législatif dans lequel il a été question de la publicité. Jusque-là, les sociétés ne furent assujetties à aucune formalité spéciale. Le soin d'en prouver l'existence était laissé à ceux qui avaient intérêt à faire la preuve; et ils y avisaient soit par des écrits, soit par la correspondance, soit même par

témoins. L'Édit modifia, dans une certaine mesure, cet état de choses dont le commerce, avec les grands développements qu'il prit à l'époque de la Renaissance, ne pouvait pas s'accommoder. A l'exemple de certains statuts de plusieurs villes italiennes qui obligeaient les compagnies à des déclarations dont des officiers publics tenaient registre (1), l'Édit prescrivit l'enregistrement et le dépôt des sociétés qui existaient à cette date ou qui s'établiraient par la suite. « Toutes compagnies jà faites ou qui se feront ci-après *entre les estrangers estant en notre royaume,* seront inscrites ès registres des bailliages, sénéchaussées et hôtels communs des villes, où ils seront tenus nommer et déclarer leurs participes et associez, sous peine de faux; et ceux qui auront les banques et sociétez ne pourront avoir nulle action l'un contre l'autre, s'ils n'ont fait faire leur enregistrement contenu ci-dessus. » (Art. 357.)

Toutefois, on le voit par le texte même, l'Édit s'appliquait seulement aux étrangers, qui, d'ailleurs, étaient en possession d'une grande partie, du commerce. Mais un demi-siècle plus tard, la disposition en fut généralisée. L'ordonnance de 1629, dite Code Michaud (art. 414), étendit la mesure aux régnicoles, sur la demande des députés assemblés à Paris pour le rétablissement du commerce. Cependant, l'ordonnance ne fut enregistrée qu'à grand'peine, et, quelque conformes qu'elles fussent au vœu des commerçants, les dispositions en étaient restées constamment à peu près sans exécution, lorsqu'après un autre demi-siècle, intervint la célèbre ordonnance du commerce de 1673.

1103. En organisant la législation commerciale, les rédacteurs de l'ordonnance sentirent la nécessité de réglementer la matière des sociétés. Ils se proposèrent surtout, comme le dit Pothier d'après Savary, d'obvier aux fraudes et d'empêcher qu'en cas de faillite de quelqu'un des associés, les autres associés ne pussent se dérober à la connaissance des créanciers, et éviter de payer les dettes de la société dont ils étaient tenus (2). Dans cette vue, l'ordonnance, tit. IV, art. 1er, exigeait que toute société générale (c'est-à-dire aujourd'hui en nom collectif) ou en commandite fût rédigée par écrit par-devant notaires ou sous signatures privées, et que la preuve n'en pût être reçue contre et outre le contenu en l'acte, encore qu'il fût d'une valeur moindre de cent livres. Elle prescrivait, en outre (art. 2), que l'extrait de l'acte de société fût enregistré au greffe du consulat, ou, s'il n'y avait point de consulat dans la ville, au greffe de l'hôtel de ville, ou à celui de la juridiction ordinaire, et qu'il fût inséré en un tableau exposé dans un lieu public. Ces formalités, d'après le même article, étaient prescrites à peine de nullité des actes, *tant entre les associés qu'avec leurs créanciers;* et, suivant l'art. 6, les sociétés n'avaient d'effet, à l'égard des associés, leurs veuves, héritiers et créanciers, que du jour de l'enregistrement.

Ces dispositions, en tant qu'elles soumettaient l'association commerciale à la nécessité de la rédaction d'un écrit et de l'enregistrement,

(1) M. Molinier cite notamment les statuts des marchands de Sienne, promulgués en juin 1572 (n° 263).
(2) Pothier (*Contr. de Soc.*, n° 82).

étaient sagement conçues et répondaient réellement au besoin du commerce. Mais elles étaient défectueuses et manquaient de prévoyance sous un double rapport. D'un côté, elles s'appliquaient aux commerçants seulement; les préjugés, plus forts que la raison, avaient fait tolérer la clandestinité des sociétés où entraient des non-commerçants, pour que l'industrie ne fût pas privée des ressources que pouvaient lui fournir les personnes de qualité auxquelles il aurait répugné de paraître dans les affaires de commerce. D'un autre côté, elles étaient conçues en termes tels, que la nullité attachée à l'inaccomplissement des formalités prescrites pouvait être invoquée même par les associés à l'encontre des tiers, en sorte que la sanction établie en vue de prévenir la fraude pouvait tourner contre ceux-là mêmes qu'elle avait pour objet de protéger. On conçoit qu'affectées de telles imperfections, les dispositions de l'ordonnance soient bientôt tombées en désuétude. Pothier constate que, déjà au temps de Jousse, elles n'étaient plus observées (1).

1104. Les rédacteurs du Code de commerce ont trouvé les choses en cet état. Reprenant la matière, ils se sont attachés à éviter les écueils contre lesquels avait échoué l'ancienne législation; et si bien des modifications de détail se sont produites depuis la mise à exécution de ce Code (1er janvier 1808), il est vrai de dire pourtant que le principe salutaire de la publicité n'a jamais été mis en question : tous les efforts ont tendu, au contraire, à en rendre l'application plus sûre et plus efficace. Dans le Code de commerce, la matière était régie par les art. 39 à 47. Les sociétés en nom collectif, en commandite et anonymes, devaient être constatées par écrit (art. 39 et 40). Elles devaient ensuite être publiées suivant le mode déterminé : s'agissait-il d'une société en nom collectif ou en commandite, *un extrait* de l'acte « devait être remis dans la quinzaine de sa date au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel était établie la maison du commerce social, pour être transcrit sur le registre et affiché pendant trois mois dans la salle des audiences » (art. 42); et, s'il s'agissait d'une société anonyme, l'ordonnance ou le décret d'autorisation « devait être affiché *avec l'acte d'association* pendant le même temps. » (Art. 45.)

1105. C'était en quelque sorte, quant à la publicité, la reproduction des dispositions de l'ordonnance de 1673. Mais le mode qui, en 1673, pouvait paraître suffisant, ne répondait pas, déjà en 1808, aux besoins et aux exigences de l'époque. Et, six ans après la mise en vigueur du Code de commerce, un décret du 12 février 1814, rendu par l'impératrice Marie-Louise pendant sa régence, prescrivait, à peine de nullité, outre la publication au Tribunal de commerce, l'insertion de l'extrait de l'acte de société dans les affiches judiciaires et dans les journaux de commerce du département. Mais les prescriptions du décret furent négligées par bien des sociétés formées après sa promulgation. De là des contestations en assez grand nombre dans lesquelles il fut successivement jugé, par certaines Cours, que le décret n'était pas applicable hors

(1) Voy. Pothier (*loc. cit.*).

du département de la Seine; par d'autres, que, même, il était inconstitutionnel. Et la Cour de cassation, chambres réunies, se rangeant à ce dernier avis, décida, sur les conclusions conformes du procureur général Dupin, « que l'impératrice Marie-Louise n'avait, comme régente, que les pouvoirs qui lui avaient été délégués par les lettres patentes qui avaient institué la régence; que, sans qu'il fût nécessaire de rechercher quelles étaient, à cette époque, les limites constitutionnelles de l'autorité impériale, il était manifeste que l'empereur n'avait délégué, par ces lettres patentes, qu'une portion du pouvoir exécutif proprement dit; et que le décret du 12 février 1814, en ajoutant aux dispositions du Code de commerce et en ordonnant une formalité nouvelle pour assurer la publicité des sociétés de commerce, à peine de nullité, excédait évidemment les bornes du pouvoir exécutif, et statuait sur des choses qui étaient essentiellement du domaine de la puissance législative... » (1)

Mais, dès le lendemain, et par l'initiative de Dupin lui-même en sa qualité de député, les Chambres furent saisies d'un projet de loi en vue de faire consacrer législativement une mesure dont l'utilité et la valeur étaient reconnues. De là la loi du 31 mars 1833, qui, ajoutant deux paragraphes à l'art. 42 du Code de commerce, ordonnait : 1° que chaque année, dans la première quinzaine de janvier, les tribunaux de commerce (2) désigneraient, au chef-lieu de leur ressort, et, à leur défaut, dans la ville la plus voisine, un ou plusieurs journaux, où devraient être insérés, dans la quinzaine de leur date, les extraits d'actes de société en nom collectif ou en commandite; 2° qu'il serait justifié de l'insertion par un exemplaire du journal certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date. — Ainsi, à partir de 1833, l'extrait des actes de société, inscrit aux registres des greffes des tribunaux de commerce, fut soumis à la publicité par un double mode : l'affichage dans la salle d'audience et l'insertion dans les journaux.

1106. Telles sont dans leur ensemble, sur ce point, les dispositions du Code de commerce. De très-notables modifications y ont été faites par les lois ultérieures de 1856, 1863 et 1867. La loi du 23 juillet 1856, spécialement destinée à régir les commandites par actions, avait décidé, comme on l'a vu au chapitre précédent, que la société ne serait définitivement constituée qu'après la souscription de la totalité du capital social et le versement par chaque actionnaire du quart au moins du montant des actions par lui souscrites. Et, par suite, ajoutant une condition de forme qui correspondît à ces conditions de fond, elle exigea, dans l'intérêt des actionnaires, que la souscription et les versements fussent constatés par une déclaration du gérant dans un acte notarié, et qu'à cette déclaration fussent annexés la liste des souscripteurs, l'état des versements et l'*acte de société.*» (Art. 1er, §§ 3 et 4.)

---

(1) Rej. (ch. réun.), 13 mars 1832 (*J. Pal.*, à sa date; D. P., 32, 1, 113, et Rec. alph., v° Lois, n° 59, en note; S.-V., 32, 1, 293).

(2) Depuis le décret du 17 février 1852, la désignation des journaux appartient aux préfets.

La loi, par là, assurait d'une manière plus efficace la conservation de l'acte, en même temps qu'elle donnait aux actionnaires la facilité de connaître toutes les clauses d'un acte dont un simple extrait peut, en bien des cas, ne présenter qu'un aperçu incomplet. — Plus tard, la mesure fut étendue aux sociétés à responsabilité limitée qu'organisait la loi du 23 mai 1863. Soumises aux mêmes formalités que les sociétés anonymes dont, au reste, elles n'étaient qu'une variété, ces sociétés ne pouvaient être formées que par acte public (C. comm., art. 40). La loi de 1863, en maintenant la nécessité de l'acte public (art. 1er), imposait aux fondateurs l'obligation de faire la déclaration que la loi de 1856 mettait à la charge des gérants pour les commandites (art. 4). En outre, elle réglait le mode de publicité : dans le délai de quinzaine à partir de la constitution, une expédition de l'acte de société et de l'acte constatant la souscription du capital et le versement du quart, ainsi qu'une copie certifiée de certaines délibérations, devaient être déposées par les administrateurs au greffe du Tribunal de commerce; dans ce même délai de quinzaine, un extrait de ces actes et délibérations devait être transcrit, publié et affiché suivant le mode établi par l'art. 42 du Code de commerce (art. 8 et 9).

1107. Enfin, est intervenue la loi du 24 juillet 1867. Elle abroge, mais seulement pour l'avenir, celles du 17 juillet 1856 et du 23 mai 1863, dont nous venons de parler (art. 20 et 47), et constitue le dernier état de la législation.

D'après le projet primitif, la loi nouvelle aurait maintenu, quant à l'écrit, la situation établie par les lois précédentes : ainsi, les associés en nom collectif et en commandite auraient eu le choix entre l'acte sous seing privé et l'acte authentique (C. comm., art. 39); mais la forme de l'acte public serait restée obligatoire pour les sociétés anonymes (même Code, art. 40). La loi de 1867, dans sa rédaction définitive, fait cesser cette différence (art. 21). En sorte que si toutes les sociétés commerciales doivent être constatées par écrit, elles ont toutes, quelle qu'en soit l'espèce, la faculté de choisir entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé. Seulement, la loi nouvelle, s'appropriant, quant aux sociétés de capitaux, une disposition particulière des lois désormais abrogées de 1856 et de 1863, exige en outre la déclaration du gérant de la commandite ou des fondateurs de la société anonyme, *dans un acte notarié,* qui constate la souscription du capital social et le versement du quart (art. 1er, §§ 3 et 4, et art. 24).

Quant à la publicité, le projet primitif du gouvernement n'y touchait que partiellement. Il y était question de la publication des sociétés anonymes, à l'égard desquelles le projet se bornait à reproduire les art. 8 et 9 de la loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée. Il en était question aussi par rapport aux sociétés à capital variable, qui étaient l'une des créations de la loi nouvelle. Mais il n'en était rien dit quant aux sociétés en commandite par actions qu'avait organisées la loi de 1856, en sorte que, relativement à ces sociétés et aussi aux commandites par intérêt et aux sociétés collectives, la publicité fut

restée soumise au régime du Code de commerce modifié par la loi de 1833. On entrevoit tout ce qu'aurait engendré d'embarras et de difficultés cette dispersion dans des lois diverses des dispositions relatives à la publicité. Aussi, pour prévenir ces difficultés, que le premier examen fit apparaître, la détermination fut-elle prise de réglementer à nouveau la matière dans son ensemble et d'y introduire les modifications dont l'expérience avait dès longtemps démontré la nécessité. De là la rédaction du titre IV (art. 55 et suiv.) de la loi, dans lequel le législateur, déclarant abrogées toutes les dispositions antérieures, et spécialement les art. 42 à 46 du Code de commerce, organise la publication des actes de société d'après un mode unique et applicable aux sociétés commerciales en général. Ce mode est simplifié, du reste : il n'y est plus question de l'affichage dans la salle d'audience; la loi exige qu'un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées soit publié dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, et elle précise les indications à fournir dans cet extrait, lequel doit nécessairement énoncer que la société est en nom collectif, ou en commandite simple, ou en commandite par actions, ou anonyme, ou à capital variable.

1108. Telles sont, dans leur économie et dans leur ensemble, les dispositions de la loi actuelle touchant les conditions extrinsèques dont nous avons à nous occuper dans le présent chapitre. Notons, avant de les reprendre en détail dans les sections qui vont suivre, qu'elles ne sont nécessaires, pour la constitution de la société, qu'autant que la société donne naissance à un être moral. Ainsi, les formalités de l'écriture et de la publicité ne sont pas requises pour les associations en participation, qui, à la différence des sociétés en nom collectif, anonyme ou en commandite, ne constituent pas une personne juridique distincte (1). Cela résulte, du reste, de la disposition précise de l'art. 50 du Code de commerce, aux termes duquel « les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés. » — Quant aux sociétés civiles, bien qu'en général la fiction de l'être moral leur soit étrangère, comme aux associations en participation, elles devraient se conformer aux dispositions de la loi touchant l'écrit et la publicité si, usant de la faculté que nous avons reconnu exister en leur faveur (*suprà,* n° 122), elles affectaient l'une des formes des sociétés commerciales. Elles ne peuvent plus être considérées alors comme une réunion d'individus; et dès qu'elles deviennent commerciales par la forme, elles doivent remplir les conditions de forme auxquelles les sociétés commerciales sont soumises dans l'intérêt des tiers qui traiteraient avec elles.

Ce point précisé, nous nous occuperons successivement : 1° de la

(1) La Cour de Bordeaux a considéré comme également affranchies des formalités les sociétés formées, même entre Français, en pays étranger. Arrêt du 27 janv. 1826 (S.-V., Coll. nouv., 8, 2, 174; *J. Pal.*, à sa date; Dall., *Rép.*, v° Société, n° 884). Nous revenons sur ce point dans le titre suivant relatif au fonctionnement des diverses sociétés.

rédaction d'un écrit considéré comme nécessité commune à toutes les sociétés; 2° de la publication des actes de société, soit par dépôt au greffe, soit par la voie de la presse; 3° des conséquences du défaut d'acte écrit et de l'absence de publication.

SECTION PREMIÈRE
DE LA RÉDACTION D'UN ÉCRIT.

1109. Sur cette première condition extrinsèque, requise par la loi pour la constitution des sociétés de commerce, nous avons trois points à examiner successivement : 1° le caractère même de cette condition; 2° les règles communes aux sociétés en général touchant la forme de l'écrit; 3° les formalités spéciales aux sociétés par actions.

§ Ier. — CARACTÈRE PROPRE DE LA CONDITION DE L'ÉCRIT, ET PREUVE DE LA SOCIÉTÉ.

SOMMAIRE.

I. 1110. La société commerciale se distingue de la société civile en ce que le contrat par lequel elle est formée n'est pas purement consensuel : l'écrit en est une condition nécessaire et substantielle. — 1111. Application de la règle à la promesse de constituer une société.

II. 1112. En conséquence, la preuve littérale est seule admise entre associés, si la société est contestée, sauf le cas prévu en l'art. 1348 du Code civil; la preuve testimoniale n'est pas admissible, même avec commencement de preuve par écrit. — 1113. Toutefois, les associés peuvent établir l'association par tous les moyens de preuve, s'ils demandent à établir la société de fait qui les a unis pour arriver au règlement de leurs rapports dans le passé. Discussion. — 1114. Quid dans le cas où la société s'est établie à la suite d'une promesse verbale de réaliser ultérieurement?

III. 1115. De même, c'est par l'écrit seulement que l'existence de la société peut être établie par les associés à l'encontre des tiers, sauf aussi le cas de l'art. 1348 du Code civil. — 1116. Et ils ne sauraient combattre le titre au moyen de contre-lettres. — 1117. Au contraire, les tiers peuvent établir l'existence de la société par tous les moyens de preuve. — 1118. Quelles personnes peuvent être considérées comme tiers; applications : renvoi.

I. — 1110. Au point de vue du caractère de l'acte constitutif, il n'en est pas des sociétés civiles comme des sociétés commerciales, autres que les participations, bien entendu. L'écrit est exigé, sans doute, par la loi pour les sociétés civiles. « Toutes sociétés, dit en effet l'art. 1834 du Code civil, doivent être rédigées par écrit *lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs.* » Mais, ainsi conçue, cette disposition est évidemment un simple rappel, une application spéciale des principes du droit commun, particulièrement de la règle formulée dans l'art. 1341 du Code civil. Et cela nous a permis de dire, dans notre commentaire de l'art. 1834, que l'écrit est exigé, quant aux sociétés civiles, *ad probationem,* non *ad solemnitatem;* par suite, que le contrat conserve, dans le droit civil, le caractère de contrat purement consensuel, qu'on lui a, d'ailleurs, toujours reconnu.

Or, il n'y a, dans les dispositions du Code de commerce (art. 39 et 40) ou des lois ultérieures, rien qui rappelle la restriction formulée dans le texte de l'art. 1834 du Code civil. L'écrit y est exigé en termes ab-

solus, quelle que soit la valeur de ce qui fait l'objet de la société. La rédaction de l'écrit apparaît, dès lors, non point comme un moyen de preuve, mais comme une condition extrinsèque nécessaire pour la perfection du contrat, et, par conséquent, substantielle. Elle est requise *ad formam, ad solemnitatem,* et non pas seulement *ad probationem.* Cela tient à la condition même des sociétés commerciales, qui, on ne saurait trop le rappeler, diffèrent essentiellement des sociétés civiles. Lorsque des parties forment ensemble une société de cette dernière espèce, elles ne font pas autre chose que régler les rapports respectifs qui vont naître entre elles de leur convention. Elles font quelque chose de plus quand elles fondent une société commerciale. Elles créent alors une personnalité juridique, une personne distincte qui va agir, contracter, traiter avec les tiers, tenir enfin son rôle propre dans le monde des affaires où elle acquiert droit de cité.

Aussi, tandis que la loi se borne, dans l'intérêt des associés eux-mêmes, à conseiller la rédaction d'un acte qui constate la convention dans le premier cas, elle l'exige impérieusement et à peine de nullité dans le second, en vue et dans l'intérêt des tiers. Vainement objecterait-on que la nullité n'est expressément prononcée par aucun des textes du Code de commerce. On pourrait répondre d'abord que de toutes les dispositions écrites dans le Code, de l'art. 18 à l'art. 39, aucune n'est édictée sous la sanction expressément formulée de la nullité, et que cependant il ne viendrait à la pensée de personne de prétendre qu'une société constituée en dehors des prescriptions diverses de ces articles serait néanmoins valablement établie. Mais il y a autre chose et mieux à dire. La rédaction d'un écrit se lie de la manière la plus étroite à la publication de la société. L'écriture est, en effet, le préliminaire nécessaire de la publication; car, comment la société pourrait-elle recevoir la publicité soit par le dépôt au greffe, soit par la voie des journaux, si elle n'était pas constatée par des conventions écrites? Or, l'art. 42 du Code de commerce, dont la disposition est aujourd'hui reproduite dans l'art. 56 de la loi du 24 juillet 1867, déclare que les formalités relatives à la publicité seront observées *à peine de nullité.* N'est-ce pas dire que la nullité est encourue *à fortiori* si aucun écrit n'a été rédigé? Cela, du reste, ressort nettement, quant aux sociétés de capitaux, des articles 1er, 21 et 24 combinés de cette dernière loi. Il est donc vrai de dire que l'écriture ici est exigée *ad solemnitatem,* et, en conséquence, qu'une société commerciale n'est valable ou n'a d'existence légale qu'autant qu'elle est constatée par écrit.

1111. La Cour de Toulouse a consacré cette doctrine et l'a même appliquée à la simple promesse de constituer une société commerciale. Dans l'espèce, deux personnes avaient fait l'acquisition d'un établissement de commerce dans la pensée de l'exploiter en commun. Après un certain délai, celle qui exploitait, en effet, fut assignée et eut à se défendre contre l'autre qui, prétendant qu'il y avait eu promesse respective de former une société en nom collectif dans des conditions verbalement déterminées, demandait à la justice d'ordonner que l'acte de

société fût réalisé et revêtu des formalités légales. La Cour de Toulouse n'a pas admis la prétention. Elle a posé en thèse, d'abord, que la société commerciale n'est pas un contrat purement consensuel. « La loi, a-t-elle dit, ne reconnaît son existence qu'à la condition que les conventions des parties soient rédigées par écrit, transcrites au greffe, affichées et publiées dans les formes prescrites par les art. 39 et 42 du Code de commerce; et l'art. 41 du même Code, reproduisant les dispositions de l'art. 1341 du Code civil, pour en faire l'application aux sociétés de cette nature, aggrave encore la prohibition de la preuve testimoniale, malgré la faveur due aux matières commerciales, en l'étendant même au-dessous d'une valeur de 150 francs, et lui donne ainsi une portée *absolue.* » Après ces prémisses, qui résument, quant à la nécessité de l'écrit, la doctrine que nous venons d'exposer, la Cour, arrivant à l'objet même du débat, décide que, sur ce point, il en est de la simple promesse de constituer une société commerciale comme du pacte de société lui-même. Sans doute, ajoute-t-elle, on peut concevoir, en droit, une promesse de société ayant une valeur juridique en dehors et indépendamment du fait social, comme toute promesse qui engage généralement celui qui l'a faite. Mais si l'engagement qui en résulte doit avoir pour effet la réalisation d'une société légale, il faut reconnaître que la promesse de société se confond, dans son existence juridique, avec la société elle-même. Par suite, on ne peut la considérer comme obligatoire qu'autant qu'elle a été faite par écrit et qu'elle renferme l'indication de tous les éléments qui sont l'essence de la société elle-même, sans quoi rien ne serait plus facile que d'éluder la prohibition de la loi, en alléguant une simple promesse verbale dont on offrirait la preuve par présomptions ou par témoins (1). Et la Cour tient la promesse verbale comme si radicalement nulle que, d'accord d'ailleurs avec un arrêt de Lyon (2) déjà apprécié sur un autre point (*suprà,* n° 830), elle n'admet pas qu'une telle promesse puisse, en cas d'inexécution, donner lieu à des dommages-intérêts en faveur de celui qui l'a reçue. C'est la déduction naturelle, la conséquence même du principe que l'écriture est toujours exigée comme condition nécessaire et substantielle en ce qui concerne les sociétés commerciales, celles du moins qui constituent une personne juridique distincte de la personne des associés.

Mais qui peut invoquer la nullité résultant de l'absence d'écrit? Et de ce que l'écrit est toujours nécessaire, s'ensuit-il que l'existence d'une société commerciale ne puisse jamais être établie et prouvée que par écrit? Nous réservons, quant à présent, la première question, qui se reproduit la même à propos de la nullité résultant du défaut de publicité. Quant à la seconde, la seule à laquelle nous nous arrêterons ici, elle comporte des solutions différentes, suivant que l'existence de la so-

(1) Toulouse, 22 juin 1872 (Dall., 72, 2, 156; S.-V., 73, 2, 169; *J. Pal.*, 1873, p. 708).

(2) Lyon, 24 juin 1870 (*J. Pal.*, 1871, p. 291; S.-V., 71, 2, 70; Dall., 72, 2, 198).

ciété est mise en question par les associés entre eux, ou par les associ contre les tiers, ou par les tiers contre la société.

II. — 1112. Lorsque le débat est engagé entre les associés eu mêmes, touchant l'existence de la société, affirmée par les uns et ni par les autres, il faut, en règle générale, que l'affirmation des premie soit établie par la représentation de l'acte constitutif, ou d'un doub de cet acte s'il a été rédigé sous seing privé. Ils ne pourraient être a franchis de cette obligation et recourir à la preuve testimoniale et a présomptions que dans l'hypothèse, prévue par l'art. 1348, 4° d Code civil, où le titre (l'acte constitutif dans l'espèce) aurait été perd par suite de cas fortuit et résultant d'une force majeure. Sauf cett hypothèse, dont la réalisation, d'ailleurs, est bien peu probable en ra son des mesures imposées par la loi en vue de la publicité (loi de 1867 art. 55, *infrà,* sect. 2), c'est par la preuve littérale, par l'acte lui même, que, dans les rapports des associés entre eux, doit être établi l'existence de la société. Ce qui est à prouver par celui qui excipe de l qualité d'associé à l'encontre de ses coassociés prétendus, c'est qu'il existé entre eux une société *valable*. Or, comment ferait-il la preuve s l'acte constitutif n'était pas et ne pouvait pas être représenté? Vaine ment tenterait-il d'y suppléer par l'aveu de ses adversaires. Vainemen aussi offrirait-il la preuve testimoniale, même en invoquant des com mencements de preuve par écrit (1). Tout cela pourrait bien tendre à prouver qu'une *convention* a existé entre les parties. Mais cela n'établi rait pas qu'une société commerciale a été *légalement* formée entre elles; car une telle société n'existe, aux yeux de la loi, qu'autant qu'elle est régulièrement constituée par l'accomplissement de conditions extrin sèques entre lesquelles la rédaction d'un acte figure au premier rang.

1113. En serait-il de même s'il s'agissait d'établir la convention à l'effet, non point de donner force obligatoire dans le présent et dans l'avenir à une société de fait qui se serait formée et aurait fonctionné, mais, au contraire, de mettre un terme à cette société et d'en régler les résultats par une liquidation du passé? Des opinions très-divergentes se sont produites sur ce point.

D'une part, Merlin, dont Pardessus suit la doctrine, tient que la ré daction d'un écrit étant exigée par l'art. 39 du Code de commerce, il en résulte que les associés ne peuvent, à quelque point de vue que ce soit, invoquer la convention génératrice de la société dès qu'ils ne re présentent pas un écrit destiné à en constater l'existence (2). D'une autre part, dans une espèce où, à l'occasion de la liquidation d'une succession, l'un des héritiers, fils du *de cujus,* affirmait et demandait à prouver qu'une société en nom collectif avait existé entre son père et deux autres de ses enfants, cohéritiers du demandeur, qui niaient l'association, la Cour de Colmar, non moins absolue en sens inverse,

(1) Voy. Paris, 29 janv. 1841 (*J. Pal.*, à sa date; Dall., *Rép.*, v° Sociétés, n° 848, en note).

(2) Merlin (*Rép.*, v° Société, sect. III, § 2, art. 2); Pardessus (n° 1007).

dit « qu'il est incontestable que de pareilles sociétés, où l'écriture est essentielle, ne *peuvent pas entre associés s'établir par la preuve testimoniale;* mais que ce n'est pas à ce point de vue qu'il faut apprécier l'admissibilité de celle offerte; que, dans l'espèce, il *s'agirait de déjouer une fraude;* qu'en effet, la dénégation de la société, si elle a réellement existé d'une manière profitable, n'est autre chose, de la part de N..., qu'une tentative de détournement de l'avoir du défunt, une grave atteinte au principe d'égalité... (le demandeur prétendait que la société était débitrice envers son père pour sa part dans les bénéfices), et *qu'un fait susceptible d'engendrer de pareilles conséquences peut et doit s'établir par toute espèce de preuves.* » (1) — Enfin, dans un système intermédiaire, on soutient que l'art. 39 du Code de commerce, qui exige la rédaction d'un écrit, ne doit pas avoir une sanction plus énergique que l'art. 1341 du Code civil; que, dès lors, il ne saurait être exclusif de la preuve résultant soit de l'aveu, soit du témoignage oral, sauf à n'admettre ce dernier mode de preuve que dans les termes du droit commun, et, par suite, à le repousser s'il n'est pas appuyé d'un commencement de preuve par écrit (2).

A notre avis, la première et la dernière solution sont également mal fondées. Nous écartons la dernière, parce que, s'attachant à une synonymie qui n'est qu'apparente, elle a le tort de s'appuyer sur l'analogie prétendue qui existerait entre l'art. 39 du Code de commerce et l'article 1341 du Code civil. Dans la réalité des choses, ces deux dispositions n'ont rien de commun. Elles reposent, d'abord, sur des motifs différents : en rédigeant l'art. 1341 du Code civil, le législateur s'est proposé de simplifier les procès et d'en diminuer le nombre, tandis qu'en édictant l'art. 39 du Code de commerce, il a eu en vue l'intérêt des tiers, dont l'art. 1341 n'avait pas à s'occuper. D'un autre côté, les deux articles diffèrent par leur objet : l'art. 1341 tranche une question de preuve, au lieu que l'art. 39 formule une condition de forme dont l'accomplissement est nécessaire à la perfection du contrat. Enfin, les sanctions mêmes, quoi qu'on en dise, diffèrent également; pour l'article 1341, la sanction, en thèse générale, est la simple inadmissibilité de la preuve testimoniale à l'effet d'établir la convention dont on ne fournit pas la preuve écrite, tandis que, pour l'art. 39, c'est, comme nous l'avons vu plus haut, la nullité même ou l'inexistence de la convention. A tous égards donc, les textes sont dissemblables; ce serait vouloir errer que chercher à résoudre le problème par une analogie qui évidemment n'existe pas. — Quant à la première solution, nous la rejetons parce que, comme on l'a très-bien dit, elle implique une inégalité choquante entre coïntéressés auxquels l'omission de l'écrit est également imputable et qui ainsi ont tous participé à la faute commune. Il en résulterait, en effet : — dans le cas où les opérations faites en commun auraient donné des bénéfices, que celui qui en détiendrait le mon-

(1) Colmar, 23 juin 1857 (S.-V., 57, 2, 198; Dall., 58, 2, 44; *J. Pal.*, 1858, p. 1014).

(2) MM. Bédarride (n° 347); Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 849).

tant serait à l'abri de toute action de ceux qui n'en auraient pas reçu leur part; — et, dans le cas de perte, que tout associé qui aurait effectué le versement de sa mise pourrait, en se transformant en prêteur demander une restitution intégrale et s'affranchir par là des suites d'un désastre commun.

Reste la solution consacrée par l'arrêt de la Cour de Colmar. Celle-là seule nous paraît admissible, mais par d'autres motifs que ceux de l'arrêt. Nous ne voudrions pas dire, en effet, avec la Cour, que tous moyens de preuve sont ouverts, dans notre hypothèse, parce qu'il *s'agit de déjouer la fraude*. Car l'associé contre lequel ses coassociés agissent en règlement des intérêts nés d'une société de fait qui aurait existé entre eux est dans la situation de tout débiteur qui résiste passivement à la demande dirigée contre lui, tant que cette demande n'est pas justifiée par le créancier. Or, s'il suffisait de dire qu'il y a dans cette résistance une fraude à déjouer pour faire tomber l'obstacle qui s'oppose à l'admissibilité de la preuve testimoniale, la loi, qui a voulu élever cet obstacle, resterait sans signification et sans portée, puisque le créancier pourrait toujours demander à prouver qu'en niant l'obligation dont il n'est pas rapporté une preuve écrite, le débiteur entend s'enrichir dolosivement à ses dépens. Il faut donc chercher ailleurs une raison plus certaine de décider. Elle est, selon nous, dans cette circonstance que les parties, lorsqu'il s'agit de régler entre elles les rapports ou les intérêts nés d'une société nulle ou inexistante en droit faute d'avoir été constatée par écrit, se trouvent placées dans une situation que la loi spéciale aux sociétés de commerce n'a nullement prévue. Si l'une d'elles demandait à prouver l'association pour contraindre les autres, qui la nient, à rester dans les liens de la société, elle échouerait inévitablement, par une application directe et nécessaire de la loi spéciale, laquelle ne permet pas de considérer comme valablement constituée une société commerciale non constatée par écrit. Mais la demande tend, au contraire, à rompre, pour l'avenir, la convention irrégulièrement formée, et à régler, par une liquidation du passé, les conséquences d'un fait qui subsiste nonobstant la nullité dont cette convention était affectée. Le cas, alors, ne rentre pas dans les prévisions de la loi spéciale, et la question de preuve ne peut plus être soumise qu'aux principes généraux du droit commercial en matière de preuve. Les associés, vis-à-vis les uns des autres, doivent donc être admis à prouver la convention par tous les modes de preuve : la correspondance, les livres, les aveux, le serment, les simples présomptions, le témoignage oral même sans commencement de preuve par écrit. Vainement opposerait-on soit les restrictions du droit civil, soit les dispositions de l'art. 39 du Code de commerce. Il s'agit de prouver une convention *commerciale;* l'action, dès lors, se place sous la protection du droit commercial, qui, en matière de preuve, a sa règle commune dans l'art. 109 du Code de commerce, dont la disposition est exclusive des restrictions du droit civil. Et quant à l'art. 39, il ne touche en aucune manière à la question de preuve; il impose une condition de forme

nécessaire à l'existence légale de la convention de société, et n'a été édicté qu'en vue des tiers, dont l'intérêt est absolument hors de cause dans notre hypothèse. Par là, selon nous, se justifie la solution à laquelle nous croyons devoir nous arrêter.

1114. Il faut l'étendre, d'ailleurs, au cas où une société de fait se serait établie et aurait fonctionné à la suite d'une promesse de réaliser ultérieurement cette promesse par un acte de société. C'était le cas dans l'affaire sur laquelle il a été statué par l'arrêt de la Cour de Toulouse que nous rappelions tout à l'heure (*suprà,* n° 1111). Dans l'espèce, il était allégué que l'établissement acquis par deux personnes, sous la promesse ou l'engagement respectif de constituer plus tard une société collective, avait été exploité dans l'intérêt commun par l'une des deux agissant comme gérant de la société. Et le fait était produit comme présomption et offert en preuve à l'appui de la demande tendant à obtenir que la partie qui résistait fût condamnée à passer acte. La Cour, on l'a vu, a décidé que la promesse de constituer une société en nom collectif n'est valable et obligatoire qu'autant qu'elle a été faite par écrit et qu'elle renferme l'indication de tous les éléments qui sont l'essence de la société elle-même. Elle a conclu de là que, la promesse étant sans valeur aucune, et ne pouvant d'ailleurs être prouvée, lorsqu'elle est simplement verbale, non-seulement elle n'oblige pas à passer acte, mais encore elle ne donne pas lieu, en cas d'inexécution, à des dommages-intérêts en faveur de celui qui l'a reçue. Nous avons admis la solution et nous persistons à la tenir pour exacte. Mais est-ce à dire qu'en une telle hypothèse, la convention de société qui aurait existé entre les parties ne pourrait pas être prouvée? En aucune manière. Comme toutes les conventions commerciales en général, celle dont il s'agit ici pourra être prouvée par tous les modes de preuve admis en droit commercial. Et en tant que la preuve offerte aurait pour objet d'arriver, non point à la réalisation du contrat sous peine de dommages-intérêts, comme dans l'affaire jugée par la Cour de Toulouse, mais à la liquidation du passé d'après les bases posées dans la convention verbale, il n'y aurait aucune raison d'en contester l'admissibilité.

III. — 1115. Supposons maintenant que la contestation sur l'existence de la société se produise entre les associés et des tiers : une distinction est nécessaire et s'impose en quelque sorte entre le cas où l'existence de la société est opposée par les associés eux-mêmes à des tiers et celui où ce sont les tiers, au contraire, qui opposent l'existence de la société aux associés.

Prenons la première hypothèse. Le créancier personnel d'un associé procède par voie de saisie sur un immeuble de son débiteur. Les associés opposent que cet immeuble est compris dans les apports de ce dernier à la société et fait ainsi partie du fonds social. C'est à eux dès lors qu'incombe la charge de prouver l'existence de la société. Comment devront-ils faire la preuve? Par la représentation d'un acte écrit, et non pas d'un acte tel quel, mais du titre réellement constitutif de la société, c'est-à-dire d'un acte régulier et répondant à toutes les prescriptions de

la loi. Ils devront même, et en outre, justifier de l'accomplissement de toutes les formalités relatives à la publicité, dont il va être question à la section suivante, à moins que le délai imparti par la loi pour les accomplir ne soit pas encore écoulé depuis la constitution de la société. En l'absence d'acte constitutif ou à défaut de publication, la société ne pourrait pas être considérée comme valable par les tiers, pas plus dans le passé que pour le présent. Et fût-il certain qu'une association a réellement existé, qu'elle existe encore entre les associés, la preuve ne serait pas possible; elle serait, d'ailleurs, inutile : *frustrà probatum quod probatum non relevat.* — Telle est la règle; et elle doit être appliquée non-seulement dans le cas où les associés auraient à prouver l'existence de la société, mais encore dans celui où il s'agirait pour eux d'opposer aux tiers telles ou telles clauses de l'acte constitutif. Les clauses qui concernent les tiers ne sauraient, en effet, leur être opposées qu'autant qu'elles sont insérées dans l'acte constitutif de la société et qu'elles ont été régulièrement publiées.

1116. Il en est de même en ce qui concerne les modifications dont les statuts sociaux auraient pu être l'objet. L'art. 41 du Code de commerce, reprenant le principe de droit commun consacré par l'art. 1341 du Code civil, dispose « qu'aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent cinquante francs. » Ainsi, l'acte de société, tel qu'il a été rendu public, fait en général la loi des associés et surtout celle des tiers. Les associés ne pourraient donc opposer aux tiers les modifications qu'ils auraient faites au pacte apparent. Toute modification constituerait une contre-lettre qui, fût-elle écrite et même régulièrement constatée par acte notarié, ne saurait être invoquée à l'encontre des tiers pour combattre le titre. La Cour de cassation a jugé, sans doute, qu'en matière de société commerciale, comme en toute autre matière, les contre-lettres ont leur effet entre les parties contractantes, et spécialement que la reconnaissance par un associé, dans une lettre missive, qu'un des associés ne figure que nominativement dans la société, et que la société a en réalité été formée avec une autre personne, peut être considérée comme une contre-lettre opposable par cet associé nominal à celui de qui émane la reconnaissance (1). Cela est vrai quant aux associés dans leurs rapports entre eux, mais non vis-à-vis des tiers contre lesquels, la loi commune le dit expressément (C. civ., art. 1321), les contre-lettres sont sans effet. Et certes si, dans l'espèce de l'arrêt précité, le débat se fût agité non point entre les associés désignés par l'acte social, mais entre l'associé en nom et un tiers agissant contre lui, cet associé eût vainement excipé de la contre-lettre qui le déclarait étranger à la société, pour échapper à la solidarité.

Est-ce à dire, cependant, que toutes modifications, par exemple une

(1) Rej., 20 déc. 1852 (S.-V., 53, 1, 27; *J. Pal.*, 1853, t. I, p. 65; Dall., 53, 1, 96).

dissolution avant terme, une prorogation, etc., soient nécessairement non opposables par les associés ou ne puissent jamais être prouvées contre les tiers? Non, sans doute. Les modifications à la société pourront être prouvées comme peut l'être la société elle-même et aux mêmes conditions. Cela se justifie par l'art. 1866 du Code civil, dont la disposition, d'ailleurs, doit être combinée ici avec les règles propres aux sociétés commerciales. Or, d'après cet article, la modification « ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société. » De même, pour les sociétés commerciales, les modifications ne pourront être prouvées contre les tiers qu'autant qu'elles seront constatées par écrit. C'est une première condition. Elle est commune aux sociétés civiles et aux sociétés commerciales, mais avec cette différence que, tandis que dans les sociétés civiles la modification peut être prouvée par l'aveu, par le serment, même par témoins dans les cas où la preuve testimoniale est exceptionnellement autorisée par la loi, dans les sociétés commerciales l'écrit est nécessaire et ne peut être suppléé par la preuve testimoniale même avec commencement de preuve par écrit. De plus, il faut, et c'est une autre condition qui, celle-ci, est propre à ces dernières sociétés, que les modifications aient été publiées.

1117. Prenons maintenant l'hypothèse inverse. Un tiers prétend exercer une action solidaire contre les membres d'une société dont l'existence est contestée par ceux-ci; c'est au tiers alors qu'incombe la charge de faire la preuve. Comment donc la pourra-t-il faire? La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à reconnaître que tous les modes de preuve doivent être à la disposition des tiers (1). C'est la solution qui avait prévalu déjà sous l'empire de l'Ordonnance du commerce. Elle est si équitable et si rationnelle qu'elle ne pouvait pas ne pas être admise sous la législation actuelle. C'est aux associés qu'est imposée l'obligation de faire constater leur convention par écrit; s'ils n'obéissent pas à la prescription de la loi, les tiers ne sauraient être punis d'une infraction à laquelle ils n'ont aucune part. Nous pouvons répéter ici ce que nous avons dit à propos des sociétés civiles (*suprà*, n° 158). Les entraves mises par la loi à la liberté de la preuve des conventions supposent la faculté pour les parties contractantes de se constituer la preuve littérale à laquelle le législateur donne la préférence. Or, cette faculté n'a pas existé, en ce qui concerne la convention de société, pour les tiers qui, au cours de la société, ont contracté avec elle. L'acte qui liait les associés entre eux s'est passé en dehors des tiers. Ceux-ci n'ont pu exiger un écrit constatant la convention de société, ni obliger les parties qui l'ont formée à en dresser acte. On ne saurait donc leur opposer les règles restrictives de la loi sur la preuve testimoniale. C'est pourquoi ils doivent, lorsqu'ils se prévalent de

(1) Voy. les arrêts de Lyon, 30 janv. 1827; de Bordeaux, 14 déc. 1840; de Nancy, 25 avr. 1853; de Paris, 16 janv. 1858; de Besançon, 9 juin 1859. *Junge* : MM. Pardessus (n° 1009); Troplong (n° 229); Delangle (n° 516); Alauzet (n° 226); Bédarride (n° 354).

l'existence de la société, être admis à la prouver, soit par témoins, soit par simples présomptions si les juges les trouvent suffisantes pour éclairer leur religion, soit, en un mot, par tous les moyens de preuve autorisés par la loi commerciale. Et les associés ne sauraient, excipant de ce qu'il n'a pas été rédigé d'acte, leur opposer la nullité de la société. Car la nullité pour infraction à l'art. 39 du Code de commerce est de la même nature que la nullité pour inaccomplissement des formalités relatives à la publication des sociétés; et, dès lors, il faut dire, par analogie avec l'art. 56 de la loi de 1867, que c'est là une nullité qui, si elle est opposable par les tiers, ne peut pas être opposée aux tiers par les associés.

1118. Mais quelles personnes peuvent être considérées comme des tiers auxquels doit être laissée la faculté de prouver par tous les modes de preuve l'existence de la société? C'est là un point sur lequel nous aurons à revenir en nous occupant, dans la dernière section de ce chapitre, des conséquences du défaut d'acte écrit et de l'absence de publication. Constatons, en attendant, quelques applications spéciales relevées dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi, elle admet que l'administration de l'enregistrement, poursuivant le recouvrement des droits ou amendes dus en vertu des lois fiscales, doit être considérée comme un tiers, et ne saurait être tenue de produire l'acte de société, et qu'il suffit, en conséquence, qu'elle produise des actes et documents établissant son existence (1). De même, la chambre criminelle décide qu'un accusé peut être déclaré membre d'une société commerciale, et, par suite, condamné comme banqueroutier frauduleux, quoique l'existence de la société ne soit établie par aucun acte écrit (2). Et, en effet, au point de vue de l'action publique, le ministère public est un tiers qui peut évidemment prouver, par tous les moyens, l'existence de l'association, lorsqu'il y a intérêt pour la vindicte publique : par exemple si, comme dans l'espèce, il s'agit de poursuivre, comme inculpée de banqueroute frauduleuse, une personne qui fait partie d'une société commerciale et qui à ce titre seulement pourrait être placée sous le régime de la faillite.

§ II. — FORME DE L'ACTE.

SOMMAIRE.

I. 1119. Toutes les sociétés commerciales, même la société anonyme, qui, sous le Code de commerce, devait être constatée par acte public, peuvent, depuis la loi du 24 juillet 1867, être formées soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé.

II. 1120. De l'acte authentique : il est soumis aux principes établis pour la validité de l'acte notarié; mais il ne saurait être reçu en brevet.

III. 1121. De l'acte sous seing privé : il devrait, d'après l'art. 39 du Code de commerce, être fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct; mais la loi de 1867 déroge à cette règle, pour les commandites par actions et pour les sociétés anonymes, en exprimant que l'acte sera fait en double original quel que soit le nombre des associés. — 1122. Toutefois, sous l'un et

---

(1) Voy. notamment Req., 9 avr. 1875 (Dall., 75, 1, 370; *J. Pal.*, 1876, p. 1190; S.-V., 76, 1, 473).

(2) Voy. Crim. rej., 11 avr. 1806 (S.-V., Coll. nouv., à sa date).

sous l'autre rapport, il convient de ne pas prendre à la lettre les termes de la loi. Ainsi, 1° quant à ces dernières sociétés, il ne suffit pas de deux originaux; — 1123. Et 2° quant aux sociétés collectives ou en commandite par intérêt, l'esprit, sinon la lettre de la loi, semble permettre, au moins depuis la loi de 1867, de les affranchir de la nécessité de se conformer aux dispositions de l'art. 1325, relatives aux doubles. — 1124. Résumé. — 1125. Mention du nombre des originaux. Transition.

I. — 1119. Aux termes de l'art. 39 du Code de commerce, « les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constituées par des actes publics ou sous signature privée... » L'art. 40 du même Code ajoutait : « Les sociétés anonymes ne peuvent être formées que par des actes publics. » Ainsi, plus rigoureux pour les membres des sociétés anonymes que pour les associés en nom collectif ou en commandite, le Code de commerce ne leur laissait pas le choix entre l'acte public et l'acte sous seing privé. Mais la loi du 24 juillet 1867 fait cesser cette différence : elle abroge l'art. 40 du Code de commerce, et déclare qu'à l'avenir les sociétés anonymes pourront, quel que soit le nombre des associés, être formées par un acte sous seing privé (art. 21). Désormais donc, toutes les sociétés commerciales, quelle qu'en soit l'espèce, anonyme, collective, ou en commandite; quelle qu'en soit la nature, sociétés de personnes ou de capitaux, peuvent être formées soit par acte public, soit par acte sous seing privé.

A vrai dire, la faveur accordée par la loi nouvelle à la société anonyme est de peu de valeur. Comme nous le verrons au dernier paragraphe de cette section, le recours au notaire est nécessaire pour la déclaration à faire par les fondateurs après la souscription du capital et le versement du quart. Or, on l'a très-justement dit, il n'est guère supposable que les fondateurs se dispensent de recourir au notaire pour la rédaction de l'acte dès qu'ils sont obligés d'employer son ministère pour la déclaration (1). On pouvait donc, sans grand dommage, maintenir l'ancien état de choses; l'exacte observation de la loi n'en eût été que mieux assurée. Ainsi a fait la loi belge du 18 mai 1873, qui, elle, établit nettement une différence sous ce rapport entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. « Les sociétés en nom collectif, porte l'art. 4, les sociétés en commandite simple et les sociétés coopératives sont, à peine de nullité, formées par des actes spéciaux, publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325 du Code civil. Il suffit de deux originaux pour les sociétés coopératives. — Les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions sont, à peine de nullité, formées par des actes publics. — Toutefois, ces nullités ne peuvent être opposées aux tiers par les associés; entre les associés, elles n'opèrent qu'à dater de la demande tendante à les faire prononcer. »

Quoi qu'il en soit, pour toutes les sociétés commerciales indistinctement, les parties, dans le dernier état de notre législation, sont libres

(1) M. Alfred de Courcy (*op. cit.*, p. 2 et 3).

de donner à l'acte constitutif soit la forme de l'acte authentique, soit celle de l'acte sous seing privé.

II. — 1120. De l'acte authentique nous avons peu de choses à dire. Il s'agit évidemment d'un acte notarié. La rédaction en devra donc être faite conformément aux principes établis par la loi pour la validité des actes reçus par un notaire. Notons seulement qu'il ne pourrait pas être fait en brevet; car l'art. 55 de la loi de 1867, dont nous aurons à nous occuper dans la section suivante en traitant de la publication des actes de société, exige le dépôt d'une expédition de l'acte, s'il est notarié, aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce du lieu dans lequel est établie la société.

III. — 1121. Quant à l'acte sous seing privé, il y a lieu d'insister davantage. En règle générale, et aux termes de l'art. 1325 du Code civil, « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct », sauf, d'après le même article, à faire un seul original pour toutes les parties ayant le même intérêt. Les sociétés qui usent de la faculté de se constituer par acte sous seing privé sont-elles obligées, en ce cas, à se conformer à cette règle? D'après les textes, il faudrait distinguer. D'une part, en ce qui concerne les sociétés de capitaux, spécialement les commandites par actions et les sociétés anonymes, il a été dérogé à la règle par la loi du 24 juillet 1867, dont les art. 1er et 21 disposent que l'acte constitutif de ces sociétés, s'il est sous seing privé, « sera fait en double original, *quel que soit le nombre des associés.* » D'une autre part, la règle est expressément confirmée, au contraire, en ce qui concerne les sociétés en nom collectif ou en commandite simple, par le Code de commerce, dont l'art. 39, toujours en vigueur, impose à ces sociétés, lorsqu'elles se constituent par acte sous seing privé, l'obligation de se conformer à l'art. 1325 du Code civil. Toutefois, sous l'un pas plus que sous l'autre rapport, ces textes ne doivent être pris à la lettre.

1122. D'abord, la formule de la loi du 24 juillet 1867, en ce qui concerne les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes, manque d'exactitude. Ainsi, pour les commandites, l'art. 1er exprime « que l'acte sous seing privé, quel que soit le nombre des associés, sera fait en double original, dont l'un sera annexé à la déclaration notariée (il en sera question au paragraphe suivant) et l'autre restera déposé au siége social. » Et il en est de même pour les sociétés anonymes, l'art. 21 disposant « qu'elles pourront, quel que soit le nombre des associés, être formées par un acte sous seing privé fait en double original », et l'art. 24 renvoyant explicitement à l'article premier, qui fixe la destination de chacun des originaux. Or, nous savons déjà, et nous y reviendrons avec détail dans la section suivante, que, dans le mois de la constitution de toute société commerciale, un double de l'acte constitutif, s'il est sous seing privé, doit être déposé aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce du lieu dans lequel est

établie la société. Il ne serait donc pas exact de conclure, avec les art. 1er et 21, qu'il suffit de rédiger l'acte *en double original*. Et en rectifiant la formule de la loi, il convient de dire que l'acte devra être fait en deux originaux, sans préjudice des doubles dont la confection est nécessaire pour satisfaire aux prescriptions relatives à la publication de l'acte de société.

1123. D'un autre côté, pour les sociétés en nom collectif ou en commandite, il nous paraîtrait difficile, aujourd'hui, de leur refuser le bénéfice de la dérogation faite par la loi de 1867 à l'art. 1325 du Code civil. Il est vrai que, par une déclaration expresse, l'art. 39 du Code de commerce, non abrogé par les lois ultérieures y compris celle de 1867, applique aux actes de société de l'espèce les dispositions de l'art. 1325 du Code civil. D'après cela, il faudrait dire : pour les sociétés en nom collectif, que l'acte, s'il est sous seing privé, doit être rédigé en autant d'originaux qu'il y a d'associés; et, pour les sociétés en commandite, qu'en tenant compte des intérêts distincts qui s'y rencontrent, il faudrait, d'abord, un original pour les commanditaires, qui tous, et quel qu'en soit le nombre, représentent un seul et même intérêt (1), et puis autant d'originaux qu'il y a de gérants ou d'associés commandités, puisque, au moins les uns vis-à-vis des autres, ils ont le rôle d'associés en nom collectif.

Mais ces solutions, assez généralement admises avant la loi de 1867, devraient, ce nous semble, être modifiées en raison des modifications introduites par cette loi dans le système de la publication des actes de société. Sans anticiper sur les explications que nous aurons à présenter bientôt à cet égard, constatons dès à présent qu'au dépôt d'un simple extrait de l'acte exigé par le Code de commerce la loi nouvelle a substitué le dépôt d'un double de l'*acte lui-même*, lequel doit être fait tant au greffe de la justice de paix qu'au greffe du Tribunal de commerce du siége de la société. Et c'est justement en raison de ce double dépôt qui, en assurant la conservation de l'acte, permet à tout intéressé d'y recourir sans difficulté et de le consulter à son gré, que la loi nouvelle, art. 1er et 21, a pu déroger à l'art. 1325 du Code civil, et réduire, dans les termes ci-dessus indiqués, le nombre d'originaux ou de doubles nécessaire pour les actes sous seing privé constitutifs de sociétés anonymes ou en commandite par actions. Or, cette mesure du dépôt est imposée à toutes les sociétés commerciales, et doit être accomplie, pour toutes, dans les mêmes conditions; car, au point de vue de la publication des actes de société, la loi de 1867 contient des dispositions qui, substituées à celles du Code de commerce en ce point, organisent un système de publicité commun à toutes les sociétés de commerce. Pourquoi donc le dépôt de l'acte n'aurait-il pas la même portée pour toutes, pour les sociétés de personnes, par conséquent, aussi bien que pour les sociétés de capitaux? Pourquoi n'étendrait-on pas, par analogie, la disposition des art. 1er et 21 aux actes de sociétés collectives ou en com-

(1) Req., 20 déc. 1830 (*J. Pal.*, à sa date; S.-V., 31, 1, 38; Dall., 31, 1, 26).

mandite par intérêt? Si le législateur ne l'a pas dit en termes exprès en réglementant la publicité d'une manière générale, c'est probablement par une omission ou un oubli qu'on s'explique aisément en songeant que la loi de 1867, dans son ensemble, n'était pas faite pour cette espèce de sociétés. Mais, à défaut d'un texte exprès, il y a la raison d'analogie, et elle est puissante. En définitive, cette réduction du nombre d'originaux, autorisée par les art. 1er et 21, a sa cause et sa raison d'être, nous le répétons, dans la circonstance que l'acte de société est mis et constamment tenu à la disposition de tous, par suite du dépôt qui en est fait. Or, le dépôt étant également nécessaire pour les actes sous seing privé constitutifs de sociétés collectives ou en commandite par intérêt, et donnant à tous les associés, collectifs ou commanditaires, les mêmes facilités pour recourir à l'acte, il est vrai de dire que la cause déterminante de la limitation du nombre des originaux subsiste entière. On ne voit pas pourquoi elle ne produirait point son effet. Et qu'on n'oppose pas le texte. Si l'art. 1325 exige que l'acte sous seing privé contenant des conventions synallagmatiques soit fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, c'est pour que, chacune ayant un original entre les mains, aucune ne soit à la discrétion des autres, pour que toutes soient également armées et en mesure de se contraindre réciproquement à l'exécution de leurs engagements respectifs. Mais cette mesure de la multiplicité des originaux reste manifestement sans utilité dès que le but peut être atteint avec la même certitude par d'autres mesures également établies par la loi. Or, c'est précisément le cas dans notre espèce. Le dépôt, qui par la volonté de la loi doit être fait tant au greffe de la justice de paix qu'à celui du Tribunal de commerce du siége social, met l'acte de société à la disposition de tous les associés aussi bien que si chacun en avait un original entre les mains. Il n'y a donc plus de raison de s'en tenir à la lettre de l'article 1325 et d'exiger la rédaction de l'acte en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées, pas plus qu'on ne l'exige lorsque, d'un commun accord, les parties font un original unique et le déposent chez un notaire qu'elles chargent de le conserver pour le compte et dans l'intérêt de tous.

1124. En résumé donc, sur ce point, les art. 1er, 21, 55 et 59 de la loi du 24 juillet 1867 semblent devoir conduire aux solutions suivantes: 1° s'il s'agit d'une société anonyme ou en commandite par actions, l'acte devra être rédigé en deux originaux, l'un pour rester déposé au siége social, l'autre pour être annexé à la déclaration notariée dont il va être question au paragraphe suivant; 2° s'il s'agit d'une société en nom collectif ou en commandite par intérêts, comme ces sociétés ne sont pas astreintes à la déclaration notariée requise seulement pour les sociétés de capitaux, il suffira d'un original unique, lequel restera déposé au siége de la société; 3° enfin, dans tous les cas, qu'il s'agisse soit d'une société de capitaux (anonyme ou en commandite par actions), soit d'une société de personnes (collective ou en commandite par intérêts), il devra être fait, en outre, un nombre de doubles suffisant pour

satisfaire aux nécessités de la publication, c'est-à-dire : deux, l'un pour le greffe de la justice de paix, l'autre pour celui du Tribunal de commerce si la société n'a qu'une seule maison de commerce, et, si elle a plusieurs maisons situées dans divers arrondissements, assez de doubles en sus pour que le dépôt en puisse être fait aux deux greffes de chacun des arrondissements où existent les maisons de commerce, la publication devant avoir lieu dans chacun, aux termes de la loi.

1125. Ajoutons que, conformément à l'art. 1325 du Code civil, chaque original devra contenir la mention du nombre des originaux qui en auront été faits. La Cour de Bordeaux décide que la mention, dans l'acte, qu'il a été fait *en autant d'originaux* qu'il y a de parties intéressées, sans indication du *nombre* même des originaux rédigés, remplit le vœu de la loi (1). Cette mention, comme l'exprime l'arrêt, répond, en effet, aux exigences de la loi, qui demande seulement un nombre de doubles égal à celui des intéressés. La décision est donc bonne à retenir, surtout si l'on estime que, même depuis la loi de 1867, l'article 1325 du Code civil doit être appliqué littéralement aux actes de société, au moins en ce qui concerne les sociétés en nom collectif et en commandite par intérêts. Il y a moins à en tenir compte si l'on admet, avec nous, que la dérogation par cette loi aux dispositions de l'art. 1325 s'étend même aux actes sous seing privé constitutifs de ces dernières sociétés. Le plus sûr, en ce cas, serait de mentionner dans chaque original le nombre même des doubles ou des originaux rédigés.

Il ne nous reste plus, pour compléter nos observations sur la première condition extrinsèque requise pour la validité des sociétés génératrices d'une personne juridique, qu'à nous expliquer sur une condition de même nature établie par la loi, mais seulement en ce qui concerne les sociétés par actions. C'est l'objet du paragraphe suivant.

§ III. — DE LA DÉCLARATION NOTARIÉE CONSTATANT LA SOUSCRIPTION DU CAPITAL ET LE VERSEMENT DU QUART.

SOMMAIRE.

I. 1126. Indépendamment de l'acte de société, une autre condition de même nature est imposée aux sociétés par actions : déclaration constatant la souscription du capital et les versements du quart.

II. 1127. La déclaration doit être faite par les gérants dans les sociétés en commandite par actions, et par les fondateurs dans les sociétés anonymes. — 1128. Elle est obligatoire dans tous les cas; doit-elle nécessairement être faite dans un acte distinct de l'acte de société ? — 1129. Elle doit, dans tous les cas, être faite dans un acte notarié : pourquoi. — 1130. A qui incombe la charge de la contrôler et d'en vérifier la sincérité.

III. 1131. Documents à annexer à la déclaration comme pièces à l'appui. — 1132. 1° Liste des souscripteurs; ce qu'elle doit contenir. — 1133. 2° État des versements. Cette pièce doit-elle être distincte de la précédente ? — 1134. 3° Double de l'acte de société, ou expédition s'il est authentique, sauf le cas où il a été passé devant le notaire qui reçoit la déclaration.

I. — 1126. La rédaction d'un acte constitutif est une nécessité qui s'impose à toute société dont l'établissement donne naissance à une

(1) Bordeaux, 18 févr. 1832, rapporté avec Req., 4 juill. 1833 (S.-V., 33, 1, 757).

personnalité juridique : nous venons de le voir. Mais la loi impose, en outre, une autre obligation de même nature aux sociétés par actions spécialement. Ces sociétés, nous l'avons vu au chapitre précédent, ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital social et le versement par chaque actionnaire du quart au moins du montant des actions par lui souscrites (*suprà*, nos 871 et suiv.). La loi exige que cette souscription et ces versements soient immédiatement constatés par une déclaration notariée. C'est une condition de forme qui, de même que la condition de fond dont elle a pour objet de constater l'accomplissement, est nécessaire pour la constitution régulière et légale de la société. Par qui, quand et comment la déclaration doit-elle être faite? Ce sont les premiers points à préciser.

II. — 1127. La loi du 24 juillet 1867, en ce qui concerne la condition extrinsèque dont il s'agit en ce moment, reproduit, sauf de légères modifications, les dispositions de la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions et de celle du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée. Le projet, quant à la première de ces lois, prescrivait que la réalisation entre les mains du gérant du quart au moins du capital social en numéraire *fût constatée par acte notarié*. Cette disposition parut inadmissible à la commission du Corps législatif, en ce qu'elle imposait à l'officier public des recherches souvent difficiles dans la pratique et dont sa responsabilité aurait pu s'inquiéter (1). En conséquence, la commission proposa et fit décider que le versement préalable du quart et la souscription du capital seraient constatés *par une déclaration du gérant* (art. 1er). Quant à la loi de 1863, elle organisait, sous la dénomination de sociétés à responsabilité limitée, de véritables sociétés anonymes, lesquelles n'ont pas de gérance; elle ne pouvait donc pas, en reproduisant les prescriptions de la loi de 1856, charger le gérant de remplir la formalité. Et comme, d'un autre côté, il n'y a pas d'administrateurs tant que la société n'est pas constituée, la loi disposait que la souscription et les versements seraient constatés *par une déclaration des fondateurs*.

La loi de 1867 a suivi ces données. En conséquence, elle a décidé que la déclaration devrait être faite par le gérant quant aux sociétés en commandite par actions (art. 1er), et, en ce qui concerne les sociétés anonymes, par les fondateurs de la société (art. 24). Du reste, pas plus que la loi de 1863, celle de 1867 n'a déterminé le sens du mot *fondateur*. Mais il a été nettement précisé dans l'Exposé des motifs de la loi en 1863. « Dans la pratique, y est-il dit, personne ne se méprendra sur les personnes que ce mot désigne. Une société, surtout une société nombreuse, ne se forme pas par le consentement spontané de tous ses membres; l'idée première appartient toujours à une ou à quelques personnes qui, après l'avoir mûrie, cherchent à la propager. Elles sollicitent et obtiennent des adhésions, elles fondent véritablement la so-

(1) Rapport de M. Langlais (Tripier, *Comment. de la loi de 1856*, p. 43).

ciété. Le vœu de la loi est que les fondateurs soient associés. Le premier titre ne peut convenir qu'à ceux qui ont droit au second. Un individu qui par ses soins parviendrait à déterminer un certain nombre de capitalistes, de commerçants ou d'industriels à former une société à laquelle il resterait étranger ne serait qu'un agent, un intermédiaire; on ne pourrait lui donner le titre de fondateur et considérer comme digne de quelque confiance sa déclaration que le capital est souscrit en entier et que le quart a été versé. » (1)

1128. La déclaration est, dans tous les cas, obligatoire. Et comme la souscription du capital et le versement par chaque actionnaire du quart par lui versé n'ont lieu habituellement qu'après la rédaction des statuts, il en résulte qu'en général la déclaration des gérants ou des fondateurs doit être faite dans un acte distinct de l'acte de société. Cela résulte nettement de l'économie même de l'art. 1er de la loi de 1867. Il faut le dire, toutefois, et on l'a fait justement remarquer, la loi, en cela, prévoit le cas qui se produit habituellement, celui où il est fait appel aux capitaux étrangers et où les souscripteurs ne viennent à la société que successivement. Mais si la société se formait entre un nombre limité d'actionnaires qui à eux tous souscriraient le capital en totalité et feraient respectivement et à l'instant même le versement préalable du quart, la constatation de cette souscription et de ces versements pourrait n'être pas considérée comme irrégulière pour être faite dans l'acte même de formation de la société (2). Si cette circonstance, que le capital est souscrit et le quart versé par les personnes entre lesquelles se concentre la société ne suffit pas, comme nous l'avons expliqué plus haut (n° 973), à dispenser les associés de l'accomplissement de certaines conditions de fond, elle doit suffire au moins pour les autoriser à confondre dans un seul et même acte et la déclaration dont il s'agit ici et les stipulations du pacte constitutif de la société, d'autant plus qu'en définitive, il y a accomplissement de la formalité requise, bien qu'elle soit remplie autrement que dans les termes indiqués par la loi. Seulement, nous exigerions, pour qu'il en pût être ainsi, que l'acte de société fût fait en la forme authentique.

1129. En effet, qu'elle émane des gérants ou des fondateurs, la déclaration doit toujours être constatée par *un acte notarié*. La loi l'exige ainsi. Et c'est ce qui a fait dire que l'abrogation par la loi nouvelle de l'art. 40 du Code de commerce, d'après lequel les sociétés anonymes ne pouvaient être formées que par des actes publics, constitue, pour ces sociétés, une faveur à peu près illusoire (*suprà*, n° 1119). Quoi qu'il en soit, le législateur a pensé sans doute que le notaire, fidèle aux devoirs de sa profession, ne manquerait pas d'avertir le déclarant, de le conseiller, de lui rappeler les sanctions pénales attachées par la loi au fait d'une fausse déclaration, et aussi que la solennité de l'acte et l'intervention de l'officier public détourneraient ceux dont il va rece-

(1) Voy. M. Tripier (*Comment. de la loi de 1863*, p. 27).
(2) Voy. M. Beudant (*Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 135).

voir et constater la déclaration de la pensée de faire des énonciations mensongères (1). On a dit aussi, pour expliquer la nécessité de recourir au notaire, que la souscription du capital et le versement du quart étant des conditions essentielles dont l'accomplissement doit en général précéder la constitution de la société, il importait que la déclaration destinée à affirmer que ces conditions sont réellement accomplies eût une date certaine et ne laissât aucun doute sur le moment où elle intervient (2). Toutefois, l'explication est moins acceptable, en ce que, à ce point de vue de la certitude de la date, l'acte sous seing privé enregistré n'aurait pas moins de valeur que l'acte authentique. Mais, quelles qu'aient été les vues du législateur, le fait certain, c'est qu'il exige que la déclaration dont il s'agit soit faite dans un *acte notarié*. C'est donc là une forme obligée. Et, la société eût-elle été constituée par un acte sous seing privé, la déclaration constatant la souscription du capital et le versement du quart n'en devrait pas moins être faite dans un acte passé devant notaire. Toutefois, rappelons-le, le rôle et la mission de l'officier public se bornent à recevoir la déclaration des gérants ou des fondateurs; le notaire constate cette déclaration, sans avoir à la contrôler et sans en garantir la sincérité.

1130. Toutefois, ce n'est pas à dire que la déclaration soit affranchie de tout contrôle. La loi exige expressément, au contraire, que la sincérité en soit vérifiée. Comment et par qui? Ici encore il faut distinguer.

Si la déclaration émane d'un gérant, c'est-à-dire s'il s'agit d'une société en commandite par actions, c'est le premier conseil de surveillance qui est chargé par la loi de vérifier, immédiatement après sa nomination, si toutes les conditions, extrinsèques ou intrinsèques, auxquelles est subordonnée la constitution définitive de la société ont été régulièrement accomplies. Ce conseil doit dès lors s'assurer par lui-même de la sincérité de la déclaration. Nous avons donné sur ce point, en nous occupant de la nomination du premier conseil de surveillance, des explications auxquelles nous n'avons qu'à nous référer (n°s 1053 et suiv.).

Si la déclaration est faite par les fondateurs de la société, et par conséquent lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, c'est la première assemblée générale qui, à défaut d'un conseil de surveillance qu'on ne trouve pas dans cette espèce de sociétés, est chargée de cette mission. La déclaration, est-il dit dans l'art. 24, « est soumise, avec les pièces à l'appui, à la première assemblée générale, qui en vérifie la sincérité. »

Mais il y a cette différence entre les deux hypothèses, que les membres du conseil de surveillance peuvent être déclarés personnellement responsables, avec le gérant, en cas de nullité de la société, pour infraction aux règles dont ils doivent contrôler l'observation (*suprà*, n° *1056* et art. 8 de la loi), tandis que les membres de l'assemblée générale sont

(1) Voy. MM. Duvergier (*Collect. des lois*, 1856, p. 337); Mathieu et Bourguignat (n° 18); Beslay et Lauras (n° 169).
(2) Voy. M. Bédarride (*Loi de 1867*, n° 26).

entièrement affranchis, la responsabilité incombant seulement, d'après l'art. 42, aux fondateurs de la société et aux administrateurs en fonction au moment où la nullité a été encourue. Nous revenons sur ce point dans le chapitre relatif aux sanctions.

III. — 1131. Ce n'aurait pas été assez d'obliger les gérants ou les fondateurs à affirmer dans une déclaration notariée que la souscription du capital social et le versement obligatoire du quart par chaque actionnaire ont eu lieu avant la constitution de la société. Ni la déclaration en elle-même, ni les solennités qui doivent l'entourer, n'auraient offert des garanties certaines contre une fausse énonciation : rien de cela ne fait obstacle, en effet, à ce que les gérants ou les fondateurs indiquent comme réalisés des versements ou des souscriptions plus ou moins sérieusement espérés au moment de la déclaration et présentent ainsi la société comme définitivement constituée avant les événements d'où la loi fait dépendre sa constitution. Pour prévenir cet écart, la loi de 1856 avait exigé l'annexe à la déclaration « de la liste des souscripteurs, de l'état des versements faits par eux et de l'acte de société. » (Art. 1er, § 4.) « Nous avons proposé, disait la commission du Corps législatif, que le versement préalable du quart et la souscription fussent l'objet d'une déclaration notariée, par le gérant, qui serait tenu d'y joindre la liste des souscripteurs et l'état des versements. C'est à la fois une preuve à l'appui de la sincérité de la déclaration et un document important, en cas de poursuite des premiers souscripteurs, pour défaut de payement des actions. Nous avons pensé, enfin, qu'il convenait de laisser aux fondateurs de sociétés toute liberté de rédiger les statuts sociaux, soit par actes privés, soit devant notaires; mais que, dans l'intérêt des actionnaires, le dépôt de l'acte était indispensable. » (1) — Les mêmes motifs ont déterminé le législateur de 1867 à enjoindre également aux déclarants d'annexer ces mêmes documents, qui sont, en définitive, les pièces justificatives, et, selon l'expression de l'art. 24, les pièces à l'appui de la déclaration.

1132. Ainsi, à la déclaration du gérant pour les commandites par actions ou des fondateurs pour les sociétés anonymes doit être annexée d'abord la liste des souscripteurs. C'est là le document le plus propre à détourner le déclarant de la pensée d'énoncer mensongèrement que le capital est souscrit au moment où il fait sa déclaration. Comment supposer, en effet, qu'un gérant ou un fondateur va dresser une liste imaginaire pour la joindre à sa déclaration, ou indiquer comme actionnaires ou souscripteurs des personnes qui n'auraient pas encore souscrit, eût-il même l'espoir plus ou moins fondé qu'elles souscriront ultérieurement? Cela n'est pas admissible : on l'a dit avec raison, le refus d'adhérer par les personnes désignées fournirait une preuve trop manifeste de la fausseté de la déclaration pour qu'un gérant ou un fondateur quelconque en voulût courir la chance (2). Il est donc vrai de

(1) Rapport de M. Langlais (Tripier, *Loi de 1856*, p. 43).
(2) Voy. M. Bédarride (*Loi de 1867*, n° 28). *Junge :* MM. Beslay et Lauras (n° 177).

dire, avec le rapporteur de la commission législative de 1856, que l liste des souscripteurs est une preuve à l'appui de la sincérité de la dé claration. Mais elle doit être en même temps un document qui fass connaître réellement les souscripteurs, et qui permette, en cas de re tard dans les versements, de les rechercher et de les poursuivre. Or dans cette vue, il convient que chaque souscripteur soit individuelle ment désigné par ses nom et prénoms, sa profession, son domicile Nous ne voudrions pas dire qu'en l'absence de ces indications spéciales et, par exemple, si la liste contenait seulement les noms des souscrip teurs, il y aurait lieu de considérer la société comme constituée con trairement aux prescriptions de la loi et d'appliquer en conséquence l nullité édictée par les art. 7 et 41. Car les art. 1er et 21 se bornent exiger l'annexe de la *liste des souscripteurs,* sans préciser davantage Une liste de noms, annexée à une déclaration faite d'ailleurs de bonn foi, ne saurait donc être tenue comme contraire aux prescriptions de la loi. Mais il est désirable, s'il n'est pas absolument nécessaire ou indis pensable, que la liste, pour qu'elle réponde complétement à la pensée du législateur, contienne sur chaque souscripteur des indications pré cises qui le désignent individuellement (1). C'est dire qu'en tous cas des indications collectives, comme celle-ci, *pour divers,* devraient être regardées comme tout à fait insuffisantes.

1133. L'état des versements effectués doit aussi être annexé à la déclaration des gérants ou des fondateurs. La liste des souscripteurs a été annexée comme pièce à l'appui de la déclaration constatant la souscription de la totalité du capital social. L'état des versements sera annexé comme pièce à l'appui de la déclaration constatant que le versement préalable du quart a été réellement effectué. Toutefois, il n'est pas indispensable que cette seconde preuve soit fournie distinctement de la première. Un acte unique peut suffire à la double exigence de la loi. L'art. 1er, est-il dit dans le rapport de la commission, n'est autre que l'art. 1er de la loi de 1856; il maintient « la règle qui subordonne la constitution définitive de la société à la souscription de la totalité du capital social, et au versement par chaque actionnaire du quart au moins du montant des actions par lui souscrites, et la constatation de ce double fait par une déclaration du gérant dans un acte notarié. Nous avons seulement introduit dans le texte la modification suivante. Le texte disait : *A cette déclaration sont annexés la liste des souscripteurs, l'état des versements faits par eux et l'acte de la société.* Nous avons pensé que la liste des souscripteurs pouvait indiquer l'état des versements effectués, et faire ainsi un acte unique des deux actes distincts exigés jusqu'ici... Et nous avons rédigé le dernier paragraphe de l'article 1er en ces termes : *A cette déclaration sont annexés la liste des souscripteurs indiquant les versements effectués* et l'acte de société s'il

(1) Nous verrons bientôt, en traitant de la publication, que c'est exigé expressément par la loi, au moins pour les sociétés anonymes, en ce qui concerne la liste qui doit être déposée, avec l'acte de société, aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce (*infrà,* n° 1144).

est sous seing privé ou s'il n'a pas été reçu par le même notaire.» (1) Il est vrai que la rédaction proposée par la commission, et qui sur le point en question ne pouvait laisser aucun doute, n'est pas passée dans le texte de la loi. Elle a été modifiée, en effet, par le conseil d'État, qui, à cette formule, « la liste des souscripteurs *indiquant les versements effectués* », a substitué une formule d'énumération semblable à celle de la loi de 1856; et c'est la formule qui est passée dans le texte de la loi. Mais il est bien certain que la pensée exprimée sur ce point dans le rapport de la commission a été acceptée par le Corps législatif. Et on peut s'y tenir d'autant plus qu'en définitive il n'y a pas d'intérêt appréciable à ce que la déclaration de ce double fait, que le capital est souscrit en totalité et que le versement préalable du quart est effectué, trouve son appui dans deux pièces distinctes plutôt que dans une seule et même pièce. Seulement, en toute hypothèse, l'état des versements effectués, qu'il soit distinct ou compris dans la liste des souscripteurs, ne répondra au vœu de la loi qu'autant qu'il constatera, non pas que le capital social est réalisé jusqu'à concurrence du quart, mais que chacun des souscripteurs portés sur la liste a versé le quart au moins du montant des actions par lui souscrites (*suprà*, n° 892).

1134. Enfin, l'acte de société doit être annexé à la déclaration notariée du gérant ou des fondateurs. En ce point, la loi de 1867 a été plus explicite et plus complète que celle de 1856, qui exigeait l'annexe de l'*acte de société*, sans préciser autrement. L'art. 1er de la loi de 1867 prévoit distinctement le cas où la société a été constituée par acte sous seing privé et celui où elle est constatée par acte authentique. Dans le premier cas, il exige l'annexe de l'un des doubles de l'acte qui, ainsi, reste déposé aux mains du notaire devant lequel la déclaration est passée. Dans le second cas, c'est une expédition de l'acte qui doit être annexée à la déclaration, à moins toutefois que cette déclaration soit passée devant le notaire qui a reçu l'acte de société. Il est évident que si le notaire a déjà l'acte dans ses minutes, l'annexe d'une expédition n'a pas de raison d'être. Aussi la loi ne l'exige-t-elle que si l'acte de société « a été passé devant un notaire autre que celui qui a reçu la déclaration. »

SECTION SECONDE

DE LA PUBLICATION DES ACTES DE SOCIÉTÉ.

SOMMAIRE.

I. 1135. Aperçu général et division.

1135. La loi du 24 juillet 1867, en abrogeant, comme nous l'avons indiqué plus haut (n° 1107), les dispositions du Code de commerce relatives à la publication des actes de société, a maintenu cependant, en en modifiant les formes, les deux publications distinctes qu'exigeaient ces dispositions. Sous le Code de commerce, la publication résultait :

(1) Rapport de M. Mathieu (Tripier, t. I, p. 103).

1° de la transcription sur le registre du Tribunal de commerce tant d'un extrait de l'acte de société que de certains actes et délibérations, et de l'affiche de ces extraits dans la salle d'audience; 2° et de leur insertion dans les journaux désignés pour recevoir les annonces légales (C. comm., art. 42, 43, 46). Désormais, et depuis la loi de 1867, l'affiche dans la salle d'audience est supprimée, et la publication résulte : 1° d'un double dépôt de l'*acte même* de société, avec certaines annexes; et 2° de l'insertion d'*un extrait* de l'acte dans un journal. Puis la loi nouvelle, de même que le Code de commerce, fixe un délai dans lequel doivent être faits le double dépôt et l'insertion.

En outre, indépendamment de cette publicité originaire, qui est une condition même (la seconde condition extrinsèque) de la constitution de la société, quelle qu'en soit l'espèce, la loi impose, mais spécialement aux sociétés par actions, une publicité permanente à laquelle ces sociétés restent soumises pendant toute leur durée.

D'après cela, nous aurons à traiter successivement, dans cette section : 1° de la publication par dépôt de l'acte de société; 2° de la publication par la voie des journaux; 3° du délai dans lequel la publication doit avoir lieu; 4° de la publicité permanente imposée spécialement aux sociétés par actions. — Enfin, et pour ne pas trop scinder l'explication de dispositions que le législateur de 1867 a réunies dans le titre relatif à la publication des actes de société, nous nous occuperons, dans un appendice qui formera le cinquième et dernier paragraphe de cette section, de la publicité en ce qui concerne les modifications qui, au cours de la société, seraient faites à ses statuts ou dans son personnel.

§ Ier. — DE LA PUBLICATION PAR DÉPÔT AU GREFFE DE L'ACTE DE SOCIÉTÉ.

SOMMAIRE.

I. 1136. Le dépôt de l'acte constitutif de la société est le premier des éléments dont se compose la publication. — 1137. Où il doit être fait. — 1138. *Quid* dans le cas où la société, étant civile par le fond, a revêtu la forme de société commerciale? — 1139. *Quid* lorsque la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements? — 1140. Ce qu'il faut entendre par maison de commerce; — 1141. Et par le mot « arrondissement. »

II. 1142. Pièces à déposer. Pour les sociétés en nom collectif ou en commandite par intérêts, c'est un double de l'acte constitutif s'il est sous seing privé, ou une expédition s'il est notarié. — 1143. Pour les sociétés par actions, cela ne suffit pas; à l'acte constitutif doivent être annexées : 1° une expédition de la déclaration notariée des gérants ou des fondateurs; 2° une copie certifiée des délibérations approbatives des apports autres qu'en numéraire; — 1144. Et, en outre, pour les sociétés anonymes spécialement, la liste nominative des souscripteurs.

I. — 1136. Le dépôt de l'acte constitutif de la société est le premier des éléments dont se compose la publicité. Du moment que, par une innovation heureuse, le législateur de 1867 entendait que l'acte en son entier fût mis à la disposition des intéressés, au lieu du simple extrait dont l'art. 42 du Code de commerce exigeait la remise, il ne pouvait plus être question ni de la transcription, ni de l'affichage, prescrits par ce dernier article. On peut comprendre la transcription sur un registre et l'affiche dans une salle d'audience d'un extrait plus ou moins som-

maire d'un acte de société, et même des pièces qui, nous le verrons tout à l'heure, doivent parfois être remises à l'appui. Mais comment songer à de telles mesures dès qu'il s'agissait de faire connaître l'acte tout entier? Elles devenaient impraticables, tant à cause des difficultés purement matérielles qu'en raison des dépenses excessives qu'elles auraient occasionnées. Aussi l'art. 55, § 1er de la loi de 1867, dispose-t-il que, « dans le mois de la constitution de toute société commerciale, un double de l'*acte constitutif* s'il est sous seing privé, ou une expédition s'il est notarié, est *déposé* aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce... » Ainsi, le dépôt de l'acte même est substitué à la transcription et à l'affichage d'un simple extrait. Les greffiers ne sont, d'ailleurs, en aucune façon juges de la régularité de l'acte déposé. En cela, la loi française s'écarte du système anglais, d'après lequel, comme l'expliquait M. de Forcade dans la discussion de notre article, le fonctionnaire chargé de recevoir les actes de société, et qu'on appelle *Registrar* (secrétaire ou chancelier), a un pouvoir de contrôle et de surveillance sur ces actes. Il peut dire aux représentants des sociétés qu'ils ont présenté des actes irréguliers; il peut les faire rectifier. Il y a là un pouvoir que le législateur français n'a pas cru devoir instituer (1). En sorte que les greffiers auxquels l'acte est soumis n'ont qu'à le recevoir tel qu'il leur est présenté, et à le placer dans les archives, où, s'ils en ont besoin, les intéressés pourront le voir et le consulter.

1137. La loi exige un double dépôt. C'est, en effet, « aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce du lieu dans lequel est établie la société » que l'acte constitutif doit être déposé. Et la loi de 1867 fait par là une seconde innovation à l'art. 42 du Code de commerce, d'après lequel la remise de l'extrait ne devait être faite « qu'au greffe du Tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel était établie la maison du commerce social. » Le législateur, en exigeant en outre le dépôt de l'acte au greffe de la justice de paix, a de beaucoup amoindri l'inconvénient résultant de la distance qui peut exister entre le siége du Tribunal de commerce et le lieu où la société est établie. Et en même temps il a coupé court à des embarras que le dépôt unique au greffe de ce tribunal aurait pu causer aux tiers intéressés à se renseigner sur les choses de la société. Car, s'il est possible d'hésiter, parfois, sur le point de savoir quel est le tribunal de commerce d'où ressort une société, il sera toujours facile de connaître avec certitude la justice de paix dans le ressort de laquelle elle est établie.

1138. Une question peut s'élever par rapport aux sociétés qui, civiles par le fond, ont revêtu l'une des formes des sociétés de commerce. Ces sociétés, nous le savons, sont, comme les sociétés commerciales, en la forme et au fond, soumises à toutes les conditions établies par la loi en vue de la publicité. Elles doivent donc faire aux greffes le dépôt de l'acte constitutif. Mais on peut se demander si, même en ce qui concerne ces sociétés, le dépôt doit être fait au greffe

(1) Voy. le *Commentaire législatif* de M. Tripier (t. II, p. 575).

du *Tribunal de commerce* du siége social, et s'il ne faudrait pas, la société étant civile au fond, que l'acte constitutif fût déposé au greffe du Tribunal civil. On pourrait croire, au premier aperçu, que si le greffe du Tribunal de commerce est indiqué comme lieu de dépôt par la loi, c'est parce que c'est devant ce tribunal que, le cas échéant, la société devra être appelée à se défendre pendant son existence. D'où l'on induirait, par voie de conséquence, que, dans le cas proposé, le dépôt serait à faire au greffe du tribunal civil du domicile de la société, puisque, au point de vue de la compétence, ce tribunal est pour les sociétés civiles ce qu'est le Tribunal de commerce par rapport aux sociétés commerciales.

Toutefois, cette première impression ne résiste pas à l'examen. Le législateur, en organisant la publicité, n'a été en aucune façon préoccupé de la question de compétence. Ce qu'il a voulu avant tout, c'est que toute société revêtue de personnalité juridique fût entourée, en naissant, d'une publicité telle, que quiconque y aurait intérêt pût la connaître exactement avant de traiter avec elle. C'est dans cette vue qu'il a institué des lieux publics de dépôt, entendant que le pacte social y restât constamment à la portée des tiers intéressés à le consulter et à le connaître. Et s'il a désigné, pour l'un de ces lieux, le greffe du Tribunal de commerce, c'est parce qu'il ne lui a pas paru possible d'en indiquer un autre qui répondît mieux à sa pensée; peut-être aussi parce que les sociétés soumises à la publicité étant généralement des sociétés commerciales, le greffe du Tribunal de commerce devait s'offrir tout naturellement à son choix. Quoi qu'il en soit, c'est ce greffe qu'il indique spécialement, en termes généraux, sans réserve ni distinction. Cela suffit, dès lors, pour que toute société, civile ou commerciale, dès qu'elle est soumise à la condition de la publicité, doive satisfaire à cette condition suivant le mode même fixé par la loi. La société, d'ailleurs, y est intéressée elle-même, aussi bien que les tiers. Car il n'est pas toujours facile de discerner la nature véritable d'une société, spécialement de reconnaître si elle est civile ou commerciale. Et s'il était admis que pour être efficace et régulier le dépôt de l'acte constitutif doit être fait au greffe du Tribunal de commerce ou au greffe du Tribunal civil, suivant que la société est commerciale ou civile, les associés, obligés dès l'abord de se livrer à une appréciation difficile, seraient exposés à se méprendre et, par cela même, à compromettre l'existence de la société. Il importe donc à tous égards de se renfermer exactement dans les termes de la loi, et de décider en conséquence que c'est au greffe du Tribunal de commerce qu'en toute hypothèse doit être effectué l'un des deux dépôts qu'elle exige.

1139. C'est seulement au moyen du double dépôt qu'il est satisfait à la prescription de la loi touchant le premier des éléments dont la publicité se compose. Mais il faut supposer que la société n'a qu'une seule maison de commerce. Cela ne suffirait pas, en effet, si elle en avait deux ou plusieurs situées dans divers arrondissements. En ce cas, l'art. 59 de la loi de 1867, reproduit en partie de l'art. 42, § 2, du

Code de commerce, dispose que « si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers *arrondissements*, le dépôt prescrit par l'art. 55 et la publication prescrite par l'art. 56 ont lieu dans chacun des arrondissements où existent les maisons de commerce », et néanmoins que, « dans les villes divisées en plusieurs *arrondissements*, le dépôt sera fait seulement au greffe de la justice de paix du principal établissement. »

Mais il importe de se fixer sur la portée de cette disposition, dont la rédaction peut ne pas paraître suffisamment précise.

1140. Que faut-il entendre d'abord par « maison de commerce » ? Faut-il donner ce nom à un établissement quelconque, à une usine, à un atelier, où la société se livrerait à des travaux en vue du commerce social? La question s'est posée, sous l'empire du Code de commerce, dans une espèce sur laquelle il a été statué par la Cour de Paris. Une société avait été créée par le concessionnaire de travaux ayant pour objet la rectification des côtes de Provenchères et de Vignory, situées dans l'arrondissement de Chaumont (Haute-Marne), et la perception de tous les produits pendant la durée de la concession. Le siége social était fixé à Paris, où avaient été régulièrement accomplies toutes les formalités requises par l'art. 42 Code de commerce en vue de la publicité. Mais aucune de ces formalités n'avait été remplie dans l'arrondissement de Chaumont ; et le Tribunal de commerce de la Seine avait jugé qu'à défaut de publication suffisante, les actionnaires étaient non recevables à opposer l'existence de la société à des créanciers personnels du concessionnaire auxquels ce dernier avait, par acte postérieur à la constitution de la société, cédé le droit de recevoir le péage pendant un certain temps. Toutefois, la décision fut infirmée par la Cour de Paris, qui considéra « qu'il avait été satisfait au vœu de l'art. 42 du Code de commerce, en ce qu'à Paris, en effet, étaient le siége de la société, la demeure du gérant, le centre de l'administration, le véritable domicile social, et qu'au contraire, dans l'arrondissement de Chaumont, la société n'avait ni maison de commerce, ni exploitation commerciale, mais seulement des ouvriers pour l'entretien de la route et des préposés pour la perception des droits. » (1)

Il faut entendre dans le même sens la disposition de l'art. 59 de la loi du 24 juillet 1867. Il est vrai de dire, par interprétation de cet article, comme on le disait par interprétation de l'art. 42 du Code de commerce, « que ce serait pousser les choses à l'excès que d'imposer la nécessité des publications partout où la société a des rapports avec les tiers, et se livre aux travaux qui doivent la conduire à son but. » (2) De même que le Code de commerce, la loi de 1867 a entendu que les publications seraient nécessaires seulement là où la société a en quelque sorte un domicile social, un établissement permanent, « des succur-

---

(1) L'arrêt, en date du 24 décembre 1842, est rapporté dans la *Gazette des Tribunaux* du 27 du même mois; il est reproduit par M. de Delangle (*Sociétés*, n° 529).
(2) Voy. M. Delangle (*loc. cit.*).

sales régulièrement organisées et faisant dans les localités où elles sont situées tout ce que la maison mère fait au siége de la société. » (1) S'il y a, en effet, les mêmes raisons d'utilité publique à exiger, là où existent ces établissements permanents qui mettent la société en rapport avec le public d'une manière constante, les mêmes publications qu'au siége social, ce serait multiplier ces formalités en pure perte qu'en demander l'accomplissement là où la société n'a et ne peut avoir avec les tiers que des rapports éloignés et purement accidentels.

1141. D'un autre côté, il y a aussi des points à préciser en ce qui concerne le mot « arrondissement » employé dans chacun des deux paragraphes de l'art. 59. Deux cas sont à prévoir. Il se peut qu'une société ait plusieurs maisons de commerce qui, bien que situées dans le ressort d'un tribunal de commerce, se trouvent dans la juridiction de diverses justices de paix. Il se peut aussi que les diverses maisons de commerce d'une même société ressortent à la fois de diverses justices de paix et de divers tribunaux de commerce.

Dans ce dernier cas, le dépôt devra être fait aux greffes de chacune des justices de paix et de chacun des tribunaux de commerce, ces tribunaux fussent-ils dans le même arrondissement administratif. C'est l'application du paragraphe premier de l'art. 59, dans lequel le mot « arrondissement » devant être pris comme correspondant au ressort du Tribunal de commerce, il en résulte que le dépôt est nécessaire au greffe de chaque tribunal, lors même que son ressort est limité à une fraction de l'arrondissement administratif.

Dans le premier cas, l'acte social devra être déposé non-seulement aux greffes de chacun des tribunaux de commerce, mais encore aux greffes de chacune des justices de paix dans le ressort desquelles la société a une maison de commerce. C'est la règle générale. Toutefois, l'art. 59 fait une exception pour les villes qui, comme Paris et Lyon, sont divisées en plusieurs *arrondissements*. Le paragraphe 2 de l'art. 59 décide qu'en ce cas, « le dépôt sera fait seulement au greffe de la justice de paix du principal établissement », sans préjudice, du reste, du dépôt qui, en toute hypothèse, doit être fait au greffe du Tribunal de commerce. Le mot *arrondissement*, dans ce paragraphe, correspond à la circonscription cantonale. D'où nous concluons que, dans toutes les villes qui sont divisées en plusieurs cantons, il serait satisfait au vœu de la loi, une société eût-elle des établissements dans les divers cantons, par le dépôt fait au greffe de la justice de paix du canton où se trouverait le principal établissement.

II. — 1142. La loi, en ce qui concerne la mesure du dépôt de l'acte constitutif, n'a fait aucune différence entre les diverses sociétés. Elles doivent toutes, quelle qu'en soit la nature ou l'espèce, faire, comme nous venons de le dire, le dépôt de leur acte constitutif. Mais si cela suffit en ce qui concerne les sociétés de personnes ou par intérêt, il

(1) Ce sont les expressions de M. Bédarride (*Loi de 1867*, n° 608). *Junge* : M. Alauzet (n° 373). *Comp.* Req., 4 mars 1845 et 4 mai 1857 (S.-V., 45, 1, 273; 57, 1, 461; *J. Pal.*, 1857, p. 959; Dall., 46, 1, 208; 57, 1, 401).

n'en est plus de même par rapport aux sociétés de capitaux ou par actions. La loi exige, en effet, pour celles-ci, l'annexe à l'acte constitutif de certaines pièces précisées dans les deux derniers paragraphes de l'art. 55, aux termes desquels, « A l'acte constitutif *des sociétés en commandite par actions et des sociétés anonymes* sont annexées : 1° une expédition de l'acte notarié constatant la souscription du capital social et le versement du quart ; 2° une copie certifiée des délibérations prises par l'assemblée générale dans les cas prévus par les art. 4 et 24. — En outre, *lorsque la société est anonyme,* on doit annexer à l'acte constitutif la liste nominative, dûment certifiée, des souscripteurs, contenant les nom, prénoms, qualités, demeure, et le nombre des actions de chacun d'eux. »

1143. Ainsi, quant aux sociétés par actions, soit anonymes, soit en commandite, elles ne sont définitivement constituées, nous le savons, qu'autant que le capital est souscrit en totalité et réalisé jusqu'à concurrence du quart au moins par le versement préalable à faire par chaque souscripteur, dans cette proportion du quart, du montant de ses actions, et, en outre, s'il y a des apports autres qu'en numéraire, qu'autant que ces apports ont été vérifiés et approuvés, par l'assemblée générale des actionnaires, en la forme déterminée. Or, les tiers ont intérêt à savoir si la société existe légalement et à quel moment elle a été définitivement constituée. C'est pourquoi la loi exige, par le deuxième paragraphe de l'art. 55, qu'avec l'acte constitutif lui-même soient déposées les pièces justificatives de l'accomplissement des actes d'où elle fait dépendre la constitution définitive de la société, c'est-à-dire une expédition de la déclaration notariée du gérant ou des fondateurs constatant la souscription du capital et le versement du quart, et une copie certifiée des délibérations de l'assemblée générale approbative des apports autres qu'en numéraire.

1144. En outre, ou indépendamment de ces pièces, il faut, lorsque la société est anonyme, qu'une liste nominative des souscripteurs, dûment certifiée, soit annexée à l'acte constitutif de la société. On trouverait difficilement la raison pour laquelle la nécessité de cette annexe, imposée par le paragraphe 3 de l'art. 55 aux sociétés anonymes, n'est pas étendue aux sociétés en commandite par actions. Les actionnaires répondant de leur mise dans les sociétés en commandite aussi bien que dans les sociétés anonymes, les tiers ont un intérêt égal à les connaître dans les unes et dans les autres. Aussi a-t-on vu, dans la section précédente, que, sans distinguer entre les diverses sociétés par actions, la loi prescrit l'annexe de la liste des souscripteurs à la déclaration notariée constatant la souscription du capital et le versement du quart (*suprà,* n° 1132). Pourquoi rompre ici cette assimilation? Le dépôt aux greffes étant un des éléments de la publicité, il n'eût été que rationnel d'imposer à toute société par actions indistinctement l'obligation du dépôt en ce qui concerne la liste des souscripteurs. Et il y avait à cela un intérêt incontestable, même dans les commandites. Car il importe aux tiers non-seulement de connaître le chiffre du capital

commanditaire qui, plus encore que la responsabilité du gérant, assure le crédit de la société, mais aussi et surtout de pouvoir s'éclairer sur la situation et la solvabilité des actionnaires qui, en souscrivant, ont promis ce capital à la société. Quoi qu'il en soit, la loi est explicite et précise : elle soumet la liste nominative des souscripteurs à la formalité du dépôt aux greffes seulement quant aux sociétés anonymes. On ne saurait donc aller au delà et faire du dépôt de la liste nominative une condition de la publicité pour les sociétés en commandite par actions.

§ II. — DE LA PUBLICATION PAR LA VOIE DES JOURNAUX.

SOMMAIRE.

I. 1145. La publication par les journaux est le second élément de la publicité : la loi de 1867 règle le mode de cette publication, ainsi que la forme et le contenu de l'extrait à publier.

II. 1146. Mode de la publication : innovations proposées à cet égard. — 1147. La loi de 1867, maintenant le mode établi par le Code de commerce dans l'art. 42 modifié par la loi du 31 mars 1833, dispose que la publication aura lieu par insertion dans un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales. — 1148. Mais elle dit plus nettement que l'insertion dans un seul journal suffira, sauf le cas où la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements.

III. 1149. Forme de l'insertion : elle a lieu par extrait des actes ou pièces dont le dépôt a dû être effectué aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce. — 1150. Par qui l'extrait doit être fait et signé. — 1151. Suite. — 1152. Comment il est justifié de l'insertion.

IV. 1153. Contenu de l'extrait : il doit, pour toutes les sociétés en général, indiquer la nature ou l'espèce de la société; — 1154. Les noms des associés; — 1155. La raison de commerce; — 1156. Le domicile social; — 1157. Le nom des associés autorisés à gérer; — 1158. Le capital social; — 1159. L'époque où la société commence, celle où elle doit finir et la date du dépôt fait au greffe de la justice de paix et du Tribunal de commerce; — 1160. Et, en outre, toutes les clauses qui peuvent modifier les rapports de la société avec les tiers, et que ces derniers, par suite, ont intérêt à connaître.

V. 1161. Indépendamment de ces indications, l'extrait, en ce qui concerne les sociétés de capitaux, doit énoncer avec le capital social le montant des valeurs fournies ou à fournir qui forment ce capital. — 1162. *Quid* relativement aux apports en travail ou en industrie? — 1163. Et de la clause autorisant la conversion en actions au porteur des actions nominatives? — 1164. Indications, pour les sociétés anonymes, de la quotité à prélever sur les bénéfices pour la constitution du fonds de réserve. — 1165. Indications spéciales aux sociétés à capital variable.

VI. 1166. Tableau résumé des énonciations de l'extrait par rapport : 1° aux sociétés en nom collectif; — 1167. 2° Aux commandites; — 1168. 3° Aux sociétés anonymes; — 1169. 4° Et aux sociétés à capital variable.

I. — 1145. La publication par la voie de la presse est le second des éléments dont la publicité se compose. Il suit le dépôt aux greffes et ne saurait le précéder. Cet ordre résulte de l'économie même de la loi, qui, en effet, tout en fixant un délai unique dans lequel les deux formalités doivent être remplies (*infrà*, n° 1170), n'en exige pas moins que la mention de la date du dépôt figure parmi les énonciations de l'avis à insérer dans les journaux (*infrà*, n° 1159). C'est, d'ailleurs, l'ordre indiqué par la nature même des choses. La publication par la presse a moins pour objet de donner au public une connaissance entière et complète des statuts de la société que de faire savoir qu'une société est créée, d'indiquer sommairement aux tiers qui pourraient se mettre en

rapport avec elle les conditions dans lesquelles elle entre dans le monde des affaires, et de les mettre en demeure ou en mesure, s'ils veulent s'éclairer davantage, d'aller, où ils doivent rester déposés, consulter dans tous leurs détails les documents relatifs à la constitution de la société. Et c'est, en effet, dans cet ordre d'idées que se place le législateur de 1867 en réglant le mode de publication, ainsi que la forme et le contenu de l'avis à insérer dans les journaux.

II. — 1146. Le mode de publication, qui est en définitive celui du Code de commerce d'après l'art. 42 tel qu'il avait été modifié par la loi du 31 mars 1833, n'a été arrêté par la loi de 1867 qu'après de sérieuses discussions. Divers systèmes étaient proposés. D'une part, on aurait voulu un bulletin unique s'appliquant à toute la France. Il y a deux espèces de publicité, disait notamment M. Jules Simon. Il y en a une qu'on peut rechercher, afin de donner plus d'importance à son affaire et de lui trouver des adhérents : c'est la publicité de réclame, qui n'a rien de commun avec celle dont il s'agit en ce moment. Il y en a une autre, au contraire, que la loi impose aux sociétés, afin qu'il n'y ait rien dans leur constitution qui soit ignoré des intéressés lorsque les intéressés tiennent à en être informés. La première de ces publicités a besoin d'aller chercher le lecteur, et l'autre n'a besoin que d'être trouvée facilement quand on la cherche... Pour cela, que faut-il? Il faut qu'on puisse trouver tous les renseignements dans le même lieu et pour ainsi dire à la même place. On n'a pas besoin, pour cela, d'employer un journal répandu; tout au contraire, le renseignement qu'il faut sera noyé dans un pareil journal; on l'y trouvera difficilement, après de longues et fastidieuses recherches que tout le monde ne peut pas faire. Il est mille fois préférable d'avoir un répertoire unique, où tout est réuni et méthodiquement classé, et qui rend les recherches et les comparaisons faciles (1).

D'une autre part, sans aller aussi loin, la commission du Corps législatif aurait voulu, au moins, concentrer, pour chaque arrondissement, toutes les publications relatives aux sociétés dans un seul et même journal. Elle proposait, en conséquence, de dire que « l'extrait des actes et délibérations devrait être publié dans le journal *spécialement désigné à cet effet* parmi les journaux chargés des annonces légales. » La commission indiquait par là que, dans sa pensée, là où plusieurs journaux sont désignés (à Paris, par exemple) pour la publication des annonces légales, un seul cependant devrait recevoir, et d'une manière continue, les annonces relatives aux sociétés. En sorte que ce journal *unique* deviendrait un centre où seraient réunies toutes les informations utiles.

1147. Toutefois, les deux propositions furent combattues, avec une

(1) La loi belge du 18 mai 1873 a établi un mode de publication analogue. L'art. 10 impose aux parties l'obligation de déposer aux mains de fonctionnaires préposés à cet effet les actes et extraits dont les articles précédents prescrivent la publication, et en laissant à l'administration le soin de faire la publication dans un délai de dix jours, cet article précise que « la publication sera faite par la voie du *Moniteur*, sous forme d'annexes, qui seront adressées aux greffes des cours et tribunaux, où chacun pourra en prendre connaissance gratuitement, *et qui seront réunies dans un recueil spécial.* »

égale insistance, au nom du gouvernement. Un bulletin unique publié à Paris, répondait le ministre du commerce, ne donnerait assurément pas aux sociétés une publicité utile, c'est-à-dire la publicité qui fait connaître la société à ceux qui sont ou peuvent être en rapports avec elle. Sans doute, ce serait là une publicité commode pour les sociétés ou leur statistique; les différentes sociétés connaîtraient ainsi plus facilement leurs concurrentes, leurs rivales. Mais c'est pour les tiers qu'on fait la publicité et non pour les sociétés. Or, supposons une société fondée dans un chef-lieu d'arrondissement, dans une petite ville de 3 000, de 4 000, de 5 000 habitants. Peut-on publier l'acte à Paris? Et pense-t-on que les petits capitalistes, les petits négociants, qui ont besoin de se mettre en relation avec cette société, vont s'abonner au bulletin qui paraît à Paris? Il est plus simple assurément, et beaucoup plus commode, que la publication soit faite dans le journal de la localité ou au moins du département. Voilà la publicité spéciale dont on a besoin, la publicité que réclame la nature même des choses, et dont le mode consistant en un bulletin unique s'écarte complétement. — Quant au mode proposé par la commission, il a le tort de sortir du droit commun, sans aucun intérêt appréciable. Si le droit commun est bon pour toutes les autres publications légales, pourquoi ne le serait-il pas pour les sociétés? Quelque intéressantes que soient les sociétés, les publications, en ce qui les concerne, ne sont pas plus importantes que celles qui touchent à l'intérêt des mineurs, des interdits, aux divers intérêts auxquels s'applique la publicité légale. Pourquoi donc vouloir une publicité spéciale pour les sociétés? Pourquoi des garanties que le droit commun n'exige pas pour les autres sortes de publications? Pourquoi, lorsque plusieurs journaux sont désignés pour recevoir les annonces légales, retirer aux parties la faculté d'option que leur laisse le droit commun? Pourquoi leur imposer la condition obligatoire de publier la société dans le journal qui serait spécialement déterminé? Ce serait une atteinte à la liberté des appréciations personnelles que rien ne pourrait justifier. En ces matières, et lorsqu'il n'y a pas pour agir autrement de raison spéciale de nature à frapper les esprits, il vaut mieux se conformer aux règles générales (1).

Nous ne voudrions point dire qu'il n'y eût pas beaucoup à répondre à ces considérations. Notamment, en partant de l'idée mise en avant par le ministre lui-même, à savoir que la publicité est faite non pour les sociétés, mais pour les tiers qui seraient ou pourraient être en rapports avec elles, il y avait à faire remarquer que c'est précisément dans la pensée de venir en aide aux tiers que, sans déroger en aucune façon aux règles du droit commun, ni créer des garanties spéciales, la commission proposait de centraliser les annonces, de les concentrer dans un seul journal, et, par là, de faciliter les recherches auxquelles les tiers pourraient avoir à se livrer. Quoi qu'il en soit, le Corps législatif

(1) Voy., pour cette discussion, le *Commentaire législatif* de M. Tripier (t. I, p. 206, t. II, p. 558 à 581).

n'admit pas plus ce système que celui d'un bulletin unique pour toute la France. Et, s'en tenant, en définitive, au mode établi par l'art. 42 du Code de commerce, il décida que la publication par la voie de la presse aurait lieu par insertion dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales.

1148. Par là même a été résolue une question que ce dernier article avait fait naître. Il exprimait que, chaque année, les tribunaux de commerce (aujourd'hui les préfets d'après le décret du 7 février 1852) désigneraient « *un ou plusieurs journaux où devraient être insérés* les extraits d'actes de société... » Et, par suite, on s'était demandé si l'insertion devait être faite dans tous les journaux ou dans un seul des journaux désignés par l'autorité compétente. La question était controversée. D'après la Cour de Lyon, la publication dans tous les journaux désignés était nécessaire (1); la Cour de Toulouse décidait, au contraire, que l'insertion dans un seul journal suffisait (2), et c'est l'interprétation qui, en dernier lieu, avait été donnée à la loi par la Cour de cassation (3). Ce point est tranché désormais par le texte plus précis de la loi de 1867, dont l'art. 56, traduisant nettement la discussion qui l'a précédé, porte que l'extrait à publier sera inséré «*dans l'un des journaux* désignés pour recevoir les annonces légales.»

A la vérité, il a été rendu, le 28 décembre 1870, un décret dont l'article unique dispose que, « provisoirement et jusqu'à ce qu'il en ait été autrement décidé, les annonces judiciaires et légales pourront être insérées, au choix des parties, dans l'un des journaux publiés en langue française dans le département... » (4) Toutefois, ce décret est resté sans effet; et, *sans qu'il en ait été autrement décidé,* à notre connaissance du moins, le décret du 7 février 1852 n'a pas cessé de recevoir exécution. En fait, les préfets continuent de désigner, chaque année, les journaux où doivent être insérées les annonces légales. C'est donc dans un journal ainsi désigné que, pour procéder régulièrement et utilement, les parties doivent faire l'insertion requise par la loi.

Ajoutons, cependant, que si la publication dans un seul journal suffit, c'est seulement quand la société n'a qu'une maison de commerce. Si elle en avait deux ou plusieurs situées dans divers arrondissements, la publication devrait être faite dans chacun. Il en est de la publication par la voie de la presse comme du dépôt dont il est question au paragraphe précédent : l'art. 59 le dit en termes exprès dans une disposition commune aux deux formalités (*suprà,* n[os] 1139 et suiv.).

III. — 1149. En ce qui touche la forme de l'insertion, elle était indiquée en quelque sorte par l'objet même de la formalité. Il ne s'agissait plus de donner aux tiers la possibilité de connaître les conventions sociales dans tous leurs détails et d'être ainsi complétement renseignés

(1) Lyon, 6 nov. 1861 (S.-V., 62, 2, 136; *J. Pal.*, 1862, p. 25). *Sic* M. Bravard (t. I, p. 190).

(2) Toulouse, 22 avr. 1837 (S.-V., 37, 2, 441; *J. Pal.*, à sa date). *Junge :* MM. Pardessus (n° 1006), Delangle (n° 530), Alauzet (n° 376).

(3) Req., 30 juill. 1868 (S.-V., 69, 1, 113; *J. Pal.*, 1869, p. 268).

(4) Voy. les Codes de M. Rivière (*Lois usuelles*, p. 601).

sur les conditions d'existence de la société. Le législateur avait pourvu à cela par le dépôt aux greffes de l'acte de société et des pièces annexées. Et s'il a prescrit, en outre, une publicité spéciale par la voie de la presse, c'est surtout pour qu'à l'instant même où se forme la société, le public fût averti de sa naissance. Il n'avait donc pas à exiger, pour atteindre ce but, que les stipulations du pacte social fussent mises en entier sous les yeux des tiers par les journaux. Aussi est-ce seulement, d'après l'art. 56, *un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées* qui doit être publié dans un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales.

Nous dirons tout à l'heure les énonciations à insérer dans l'extrait (*infrà*, nos 1153 et suiv.). Notons seulement, quant à présent, que, par sa formule même, l'art. 56 se réfère à l'art. 55 : par conséquent, les pièces à publier en extrait sont celles dont le dépôt aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce est exigé par ce dernier article. Ainsi, pour toutes les sociétés indistinctement, c'est un extrait de l'acte constitutif de la société, et rien de plus (*suprà*, n° 1142). Mais pour les sociétés de capitaux, ce serait, en outre, un extrait des *pièces annexées* à l'acte constitutif. A s'en tenir au texte, il faudrait publier un extrait non-seulement de la déclaration constatant la souscription du capital et les versements du quart et des délibérations approbatives des apports en nature, mais encore de la liste nominative des souscripteurs pour les sociétés anonymes spécialement. Toutefois, cette pièce n'étant pas susceptible, par sa nature, d'être publiée en extrait, il faut admettre que la simple mention de l'annexe de la liste à l'expédition ou au double de l'acte constitutif, sans énonciation des noms des souscripteurs, répondrait suffisamment au vœu de la loi (1). On peut, à l'appui de cette solution, invoquer la première disposition de l'art. 57, qui, nous le verrons bientôt (*infrà*, n° 1154), en faisant du nom des associés l'objet de l'une des énonciations de l'extrait, parle des associés *autres que les actionnaires ou commanditaires*.

1150. L'extrait des actes et pièces déposés est signé, pour les actes publics, par le notaire qui les a reçus; et pour les actes sous seing privé, par les associés en nom collectif, par les gérants des sociétés en commandite ou par les administrateurs des sociétés anonymes. C'est la disposition de l'art. 60. Il faut admettre, pourtant, que, même dans le cas où il s'agit d'un acte sous seing privé, il peut se faire que l'extrait doive ou puisse être signé par un notaire. Tel serait le cas si l'acte sous seing privé, reconnu par toutes les parties, avait été par elles déposé en l'étude d'un notaire. Par l'effet même de ce dépôt, l'acte est assimilable à un acte authentique, ce qui incontestablement permet à l'officier public dépositaire de signer l'extrait.

1151. D'ailleurs, si la société a été constatée par acte public, l'obligation du notaire n'ira pas au delà des termes précisés par l'art. 60. M. Bravard a donc supposé à tort qu'en ce cas l'officier public serait

(1) Voy., en ce sens, M. Bédarride (n° 586).

chargé non-seulement de signer l'extrait, mais encore de faire la publication. Ni l'art. 60 précité, ni aucune autre disposition législative, n'imposent au notaire l'obligation de faire la publication; et pour qu'il en fût tenu, il faudrait qu'il eût accepté le mandat spécial que les parties lui auraient donné à cet effet. A défaut d'un tel mandat, la publication reste à la charge et sous la responsabilité des parties, c'est-à-dire des associés en nom collectif, des gérants ou des administrateurs; le notaire, quant à lui, accomplit sa mission par la seule délivrance de l'extrait signé de lui (1).

1152. Pour terminer sur la forme de l'insertion, ajoutons que le législateur de 1867, pour assurer l'exécution de la mesure prescrite, a exigé qu'il en fût justifié « par un exemplaire du journal certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date. » (Art. 56, § 2.) C'est la reproduction littérale de l'art. 42, § 4, du Code de commerce. D'ailleurs, pas plus que ce dernier texte, celui de la loi de 1867 n'indique à la diligence de qui doit avoir lieu l'enregistrement de l'exemplaire du journal destiné à faire preuve de l'insertion. On déciderait donc aujourd'hui, comme on le décidait sous le Code de commerce, que, même fait à la diligence de personnes étrangères à la société, l'enregistrement satisferait aux exigences de la loi (2). C'est de toute évidence. Dès que l'enregistrement a eu lieu dans le délai voulu, peu importe par quelle personne et au nom de quelle personne il a été demandé; en toute hypothèse, il donne une date certaine à l'insertion de l'extrait : or, c'est le but unique que la loi se propose en exigeant, comme preuve de l'insertion, un exemplaire enregistré du journal dans lequel elle a été effectuée.

IV. — 1153. Enfin, la loi prend le soin de régler le contenu de l'extrait. A cet égard, les art. 57 et 58 précisent certaines énonciations dont la plupart s'appliquent à l'extrait d'une manière générale, quelle que soit l'espèce ou la nature de la société, et dont quelques-unes sont relatives spécialement à l'extrait pour les sociétés par actions.

Au rang des premières se place d'abord l'énonciation de la nature de la société. « L'extrait, dit l'art. 58, § 1er, doit énoncer que la société est en nom collectif, ou en commandite simple, ou en commandite par actions, ou anonyme, ou à capital variable. » A la lecture du texte, on pourrait croire que la société à capital variable est une société particulière et d'une espèce distincte. Il n'en est rien. Avant d'être à capital variable, la société est nécessairement soit une société collective, soit une société en commandite, soit une société anonyme. En sorte que, le cas échéant où la variabilité du capital serait stipulée entre les parties, l'extrait devrait énoncer d'abord que la société est ou en nom collectif, ou en commandite, ou anonyme, et indiquer ensuite qu'elle est à capital variable.

1154. Avec l'indication de la nature de la société, « l'extrait, aux

(1) Voy. M. Rivière (*Loi de 1867*, n° 374).
(2) Voy. l'arrêt de la chambre des requêtes du 30 juillet 1868, cité *suprà*, n° 1148.

termes de l'art. 57, doit contenir les noms des associés autres que les actionnaires ou commanditaires. » Ainsi, la société est-elle en nom collectif, tous les associés seront nommés. S'il s'agit d'une société en commandite, il n'y aura de nommés que les associés responsables; le nom des commanditaires ordinaires ou des actionnaires de la commandite sera omis. Et il en sera de même, quant au nom des actionnaires, s'il s'agit d'une société anonyme. Par où l'on voit que, dans ce dernier cas, l'extrait ne contiendra le nom d'aucun des associés, à l'exception, toutefois, de ceux qui auraient été désignés pour administrer la société, lesquels, comme nous le verrons tout à l'heure, doivent être l'objet d'une mention spéciale (n° 1157).

D'ailleurs, il faut, pour éviter toute confusion et toute incertitude, que chacun des associés dont le nom doit figurer dans l'extrait soit désigné par ses prénoms, sa profession et son domicile.

1155. L'extrait, d'après le même article, doit contenir « la raison de commerce ou la dénomination adoptée par la société. » La raison sociale est, en effet, ce qui désigne la société au public, en ce qui concerne les sociétés en nom collectif ou en commandite. Quant aux sociétés anonymes, qui n'ont pas de raison sociale par cela même qu'elles n'ont pas d'associés indéfiniment responsables, elles sont dénommées ou qualifiées, d'après l'art. 30 du Code de commerce, par la désignation de l'objet de leur entreprise. Cette dénomination joue, en réalité, pour ces sociétés, le même rôle que la raison sociale pour les sociétés collectives ou en commandite. Elle devra donc figurer dans l'extrait.

1156. Comme complément de cette dernière mention, l'art. 57 exige l'indication dans l'extrait « du siége social. » C'est le domicile qui détermine la compétence, en sorte que l'indication du siége social permettra aux tiers qui auraient des contestations avec la société de connaître les tribunaux devant lesquels ils devront agir contre elle.

1157. L'extrait contiendra, en outre, « la désignation des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société. » Cette mention pourrait paraître inutile pour les sociétés en nom collectif ou en commandite lorsque chacun des associés en nom est autorisé à gérer et oblige tous les autres en contractant au nom de la société (art. 22 C. comm., 23 et 24). Elle est néanmoins nécessaire, même en ce cas, la loi ne faisant aucune réserve. Mais elle a toute son utilité lorsque les statuts sociaux ont conféré la signature seulement à quelques-uns des associés. Il importe alors que les tiers soient notoirement informés de la dérogation faite par le pacte social à la règle commune de l'art. 22 du Code de commerce.

Par rapport aux sociétés anonymes, la mention dont il s'agit ici est, dans tous les cas, de la plus haute importance. C'est seulement, en effet, par la désignation des administrateurs dans l'extrait que les tiers sont officiellement prévenus du choix des personnes auxquelles l'assemblée générale a confié le soin d'administrer la société. Mais la désignation dans l'extrait des premiers administrateurs nommés dispenserait-elle de publier ultérieurement le nom des administrateurs qui seraient

nommés pendant la durée de la société? C'est une question discutée entre les auteurs; nous la réservons, quant à présent, pour y revenir quand nous aurons à rechercher, avec l'art. 61 de la loi, quels sont les événements qui, survenus postérieurement à la constitution de la société, doivent néanmoins être portés à la connaissance des tiers (*infrà*, § 5).

1158. L'art. 57 exige, en outre, l'indication dans l'extrait «du montant du capital social et du montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires.» L'énonciation du montant du capital social est réellement sans utilité lorsqu'il s'agit d'une société en nom collectif, les associés étant tenus indéfiniment dans les sociétés de l'espèce. Aussi quelques auteurs (1) ont-ils pensé que, même sous la loi de 1867, les associés en nom collectif peuvent se dispenser de faire la mention, estimant que le législateur de 1867 n'avait pas voulu innover à l'art. 43 du Code de commerce, qui, en effet, n'exigeait pas l'indication du capital social dans l'extrait des actes de société en nom collectif (2). Toutefois, quelque rationnelle qu'elle puisse paraître, cette solution ne saurait être suivie, en présence de l'art. 57, dont la disposition générale et précise exige, sans exception ni réserve, la mention du montant du capital dans l'extrait (3).

Il y a une différence, pourtant, en ce qui concerne l'énonciation, entre les sociétés collectives et les sociétés en commandite ou anonymes. Si elle est sans intérêt pour les sociétés de la première espèce, elle est, au contraire, de la plus haute importance pour les autres. Le capital commanditaire assure, nous l'avons dit déjà, autant et plus que la responsabilité des gérants, le crédit de la société en commandite. Et, dans les sociétés anonymes, c'est seulement sur le capital souscrit que les tiers peuvent compter. C'est donc ce capital, dans ses éléments constitutifs, qui doit être annoncé au public. Et, en effet, tandis que, pour les sociétés de personnes ou en nom collectif, il suffit que l'extrait contienne «le montant du capital social», le législateur exige : pour les sociétés de capitaux, spécialement pour les commandites, que l'extrait énonce en outre «le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires» (art. 57); pour les sociétés anonymes, «le montant du capital social en numéraire et en autres objets.» (Art. 58.) Nous aurons, du reste, à revenir bientôt sur ces dernières mentions (*infrà*, n° 1161); il nous suffit, quant à présent, de les indiquer.

1159. Enfin, l'extrait doit indiquer «l'époque où la société commence, celle où elle doit finir, et la date du dépôt fait aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce.» C'est la dernière des énonciations prescrites par l'art. 57. Elle a pour objet, dans sa dernière

(1) Voy. MM. Mathieu et Bourguignat (n° 311). *Comp.* M. Alauzet (n° 604).

(2) Il était jugé, en effet, avant la loi de 1867, que la mention des valeurs fournies et à fournir n'est pas nécessaire à l'égard des associés en nom collectif, lesquels sont solidairement tenus des dettes de la société sur l'universalité de leurs biens. Rej., 28 juin 1865 (S.-V., 66, 1, 15; *J. Pal.*, 1866, p. 22; Dall., 65, 1, 360).

(3) Voy. l'arrêt de la chambre des requêtes du 20 juillet 1870, cité *infrà*, n° 1160.

partie, de faciliter les recherches aux tiers qui, ne se trouvant pas suffisamment éclairés par la lecture d'un simple extrait, voudraient prendre connaissance de l'acte constitutif lui-même. C'est, d'ailleurs, un droit que les tiers ont toujours, d'après l'art. 63, en face des sociétés par actions, en commandite ou anonymes (*infrà,* § 4), et, quant aux autres sociétés, dans le cas où elles tomberaient en faillite.

1160. Tel doit être le contenu de l'extrait, d'après l'art. 57, dont la disposition, nous l'avons dit, est commune à toutes les sociétés, par conséquent aux sociétés de personnes comme aux sociétés de capitaux. Nous aurons à préciser bientôt, avee l'art. 58, d'autres énonciations requises pour ces dernières sociétés spécialement. Mais constatons auparavant que la disposition de l'art. 57 est énonciative et non limitative. La loi suppose que la société qu'il s'agit de publier est constituée conformément aux principes généraux qui la régissent; et, étant donnée une société ainsi constituée, elle dit quel devra être le contenu de l'extrait. Mais ses prescriptions à cet égard procèdent de cette pensée première que l'extrait doit, avant tout, porter à la connaissance des tiers ce qu'il leur importe de savoir et de connaître. Si donc les associés s'écartaient, en s'associant, des règles propres à la société qu'ils se proposent d'établir, l'extrait devrait contenir, outre les mentions précisées par la loi, l'indication des clauses modificatives insérées dans le pacte social, en tant que ces clauses seraient susceptibles de modifier les rapports de la société avec les tiers. La Cour de cassation, consacrant la solution émise ci-dessus, à savoir que, depuis la loi de 1867, l'énonciation dans l'extrait du montant du capital est nécessaire même pour les sociétés en nom collectif, décide, en conséquence, que les stipulations particulières relatives au capital et de nature à modifier à ce point de vue l'acte social doivent, au cas de société collective, être publiées comme l'acte même dont elles sont le complément (1). Il fandrait publier de même le choix d'un tiers comme mandataire irrévocable ayant seul la signature sociale (2); et la stipulation que la société serait tenue seulement des engagements revêtus de la signature de tous les associés (3); et aussi la convention de faire au comptant les affaires sociales, en supposant, d'ailleurs, la validité de cette clause non-seulement dans les rapports des associés entre eux, mais encore dans leurs rapports avec les tiers, question que nous examinerons au titre suivant.

Sans insister davantage sur cette règle, nous passons aux énonciations spéciales de l'extrait, en ce qui concerne les sociétés de capitaux.

V. — 1161. L'une des mentions exigées par la loi d'une manière générale est relative au capital social : l'extrait doit toujours contenir le montant du capital social; nous l'avons vu *suprà,* n° 1158. Mais si cette énonciation suffit à elle seule dans l'extrait par rapport à la société en nom collectif, société essentiellement de personnes, il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit des sociétés dans lesquelles les capitaux

(1) Req., 20 juill. 1870 (Dall., 71, 1, 339; S.-V., 72, 1, 65; *J. Pal.*, 1873, p. 139).
(2) Paris, 15 févr. 1851 (Dall., 51, 2, 78).
(3) Douai, 21 nov. 1840 (*J. Pal.*, à sa date; S.-V., 40, 2, 497).

constituent, à défaut de la responsabilité personnelle de tous les associés, la garantie principale ou même l'unique garantie de ceux qui traiteront avec la société. Le législateur exige donc alors, par l'art. 57, pour les sociétés en commandite, l'énonciation dans l'extrait « du montant des valeurs fournies ou à fournir par *les actionnaires ou commanditaires* »; et, par l'art. 58, pour les sociétés anonymes, l'indication « du montant du capital social en numéraire et en autres objets. » Les deux dispositions tendent au même but : indiquer aux tiers la portion du capital sur laquelle ils peuvent sérieusement compter, en les mettant en mesure de connaître les valeurs susceptibles d'être réalisées sans entraver la marche des opérations sociales et celles qui resteront immobilisées, en quelque sorte, pendant le fonctionnement de la société. Elles sont, d'ailleurs, identiques, malgré la diversité des termes dans lesquels elles sont formulées. Et si le législateur a cru devoir répéter dans l'art. 58 ce qu'il venait de dire dans l'art. 57, c'est que les expressions de ce dernier article, « valeurs fournies ou a fournir par les actionnaires ou commanditaires », avaient une valeur limitée, prises qu'elles étaient dans l'art. 43 du Code de commerce, lequel ne s'appliquait qu'aux sociétés en commandite, et qu'ainsi l'application de la règle aux sociétés anonymes aurait pu être mise en doute si une disposition expresse ne l'avait pas reproduite spécialement pour ces sociétés (1).

1162. Ainsi, en ce qui concerne les sociétés en commandite par intérêts ou par actions et les sociétés anonymes, l'extrait doit indiquer, indépendamment du montant du capital social, le montant des valeurs qui constituent ce capital. A ce propos, on s'est demandé si, dans le cas où des associés apportent seulement à la société leur travail ou leur industrie, l'extrait doit contenir mention de ces apports aussi bien que des apports en numéraire. En ces termes, la question n'est guère douteuse; la solution affirmative s'induit avec évidence de la lettre même de l'art. 58, d'après lequel l'extrait doit énoncer le montant du capital social « en numéraire *et en autres objets.* » Mais le point qui a pu paraître délicat est de savoir si ces apports doivent être estimés. « La loi, dit d'un côté M. Vavasseur, ne veut pas l'impossible; le supposer, c'est faire injure au législateur. Je suis donc d'avis, jusqu'à démonstration contraire, que la loi nouvelle, comme la loi ancienne, n'exige que le chiffre du capital en numéraire et celui des apports actuels en nature; quant aux travaux à venir, ils seront énoncés dans l'extrait, sans estimation, par l'indication de leur nature et des conditions auxquelles ils doivent être exécutés. Ainsi, sera suffisamment publié *le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires,* à supposer que la loi ait entendu parler ainsi de l'apport du travail aussi bien que de l'apport en nature. » (2) D'un autre côté, M. Bédarride répond qu'il ne s'agit en aucune façon de chiffrer *ab initio* la valeur des travaux à exécuter pendant la durée entière de la société.

(1) *Comp.* M. Bédarride (n°s 597 et 604).
(2) M. Vavasseur (*Des Soc. par actions,* n° 436).

« Ce que l'on considère en cette matière, dit l'auteur, c'est la nature de l'industrie, son importance et le profit que la société est dans le cas d'en retirer. Or, on ne voit pas ce qu'une évaluation en argent sur ces bases aurait de si difficile. » D'où l'auteur conclut à la nécessité de l'évaluation, sinon dans le cas où il ne serait attribué à l'associé qui apporte son travail ou son industrie qu'une part dans les bénéfices, au moins dans celui où cet associé, évaluation faite de son apport, reçoit des actions à concurrence du montant de cette évaluation (1).

Cette dernière solution est incontestablement préférable. Elle rentre mieux, évidemment, dans les termes de la loi qui, en exigeant l'indication dans l'extrait non-seulement du *montant* du capital social, mais encore du *montant* des valeurs fournies ou à fournir (art. 57) et du *montant* du capital en numéraire ou autres objets (art. 58), implique bien l'idée qu'en toute hypothèse, les apports ne consistant pas en numéraire devront être estimés et traduits en chiffres dès que ces apports participent à la répartition des actions, et, par cela même, influent sur le capital que ces actions représentent. Et quant à l'objection tirée de l'impossibilité prétendue d'arriver à une estimation des apports en travail ou en industrie, elle ne saurait nous arrêter. Le législateur lui-même a bien admis que ces apports ont une valeur intrinsèque réelle et susceptible d'évaluation. Et, en effet, comme nous l'avons dit dans la partie de nos explications relatives aux sociétés civiles (*suprà,* n° 488), il a exigé que l'associé industriel fît lui-même l'estimation de son apport, et c'est précisément pour l'inviter à prendre ce soin qu'il le punit, s'il néglige de le prendre, en l'assimilant à l'associé qui a le moins apporté (C. civ., art. 1853). Il y a mieux : l'apport de travail ou d'industrie rentre nécessairement et incontestablement dans la catégorie de ces apports *ne consistant pas en numéraire* que l'art. 4 de la loi de 1867 a spécialement en vue. Or, non-seulement cet article exige que ces sortes d'apport soient appréciés d'abord et ensuite approuvés par l'assemblée générale des actionnaires, mais encore il fait de l'appréciation et de l'approbation une condition nécessaire et sans laquelle la société ne serait pas définitivement constituée (*suprà,* n° 964). Il ne faut donc pas dire qu'exiger que la mention de l'apport en travail ou en industrie soit accompagnée d'une estimation dans l'extrait, c'est demander l'impossible. En définitive, il y aura tout simplement à mentionner, à côté de l'apport, la valeur que l'assemblée générale a dû nécessairement lui donner préalablement à la constitution de la société. Et cette énonciation, facile en fait, répondra à la pensée de la loi, qui, en exigeant la mention dans l'extrait du montant du capital social, a certainement voulu que l'extrait fût rédigé, en ce point, de manière à porter à la connaissance du public toutes les circonstances susceptibles d'influer sur ce capital (2).

---

(1) Voy. M. Bédarride (*Loi de 1867,* n° 605).

(2) La question s'est élevée, en matière fiscale, à propos de la loi du 28 février 1872, qui substitue le droit gradué au droit fixe en ce qui concerne « les actes de formation et de prorogation de société... », et qui dispose que la quotité de ce droit sera déter-

1163. C'est par ce motif aussi que nous exigerions la mention dans l'extrait de la clause du pacte social autorisant la conversion en actions au porteur des actions nominatives. Il s'agit ici de la clause autorisée par l'art. 3 de la loi de 1867, qui, modifiant les lois de 1856 et de 1863, d'après lesquelles les actions devaient rester nominatives jusqu'à leur entière libération, dispose « qu'il peut être stipulé, mais seulement par les statuts constitutifs de la société, que les actions ou coupons d'actions pourront, après avoir été libérés de moitié, être converties en actions au porteur par délibération de l'assemblée générale. » Nous avons dit, en expliquant cet article, quelle peut être la conséquence d'une telle stipulation. Il en peut résulter que les souscripteurs soient affranchis de l'obligation de verser la seconde moitié, en sorte qu'à un moment donné le capital social peut se trouver réduit de moitié (*suprà*, nos 930 et suiv.). Évidemment, une clause dont tels peuvent être la portée et les effets ne saurait être passée sous silence dans l'extrait de l'acte constitutif dont la publication doit être effectuée. C'est une autre application de la règle, déjà rappelée, qui prescrit la mention, dans l'extrait, de toutes les clauses modificatives des principes du droit commun en matière de société et susceptibles d'influer sur les rapports de la société avec les tiers (*suprà*, n° 1160).

Du reste, quant à la clause spéciale dont il s'agit ici, on peut dire que la nécessité de la mentionner dans l'extrait n'est pas seulement une conséquence de cette règle générale. Elle est consacrée par la loi elle-même, sinon en termes explicites, au moins virtuellement, comme cela a été reconnu dans la discussion. « Relativement aux mentions que doit contenir l'extrait dont parle l'art. 58, disait M. Bethmont, j'aurais à demander pourquoi la commission n'a pas indiqué que cet extrait devrait contenir la mention relative à l'art. 3, c'est-à-dire au cas où les actions, nominatives jusqu'à leur entière libération, peuvent être négociées sans que le tout ait été payé. » A quoi le ministre du commerce répondit : « L'explication se trouve, non pas dans l'art. 58, mais dans l'art. 57, qui me paraît résoudre complétement la difficulté. En effet, on lit dans l'art. 57 que l'extrait doit contenir *le montant du capital social et le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires*. Il est évident qu'en indiquant le capital social, on doit indiquer aussi les conditions auxquelles est soumis le versement de ce capital social. » (1)

1164. L'extrait doit énoncer, en outre, si la société est anonyme, « la quotité à prélever sur les bénéfices pour composer le fonds de ré-

---

minée « par le montant total des apports mobiliers et immobiliers, déduction faite du passif. » On s'est demandé si l'apport industriel est atteint par cette disposition et s'il doit subir le droit gradué comme l'apport en numéraire. Quelques tribunaux se sont prononcés pour la négative, en se fondant précisément sur ce « que l'apport d'industrie, considéré comme apport de jouissance, ne serait pas susceptible d'évaluation. » Mais cette appréciation a été contredite par d'autres tribunaux. Et la question est soumise à la Cour de cassation par un pourvoi admis déjà par la chambre des requêtes, et dont la chambre civile est en ce moment saisie.

(1) Voy. M. Tripier (*Comment. législ.*, t. II, p. 582 et 583).

servè.» (Art. 58.) L'utilité de cette énonciation ressort d'elle-même. Le fonds de réserve est un élément de crédit pour la société, en même temps qu'un supplément de garantie; il est juste et rationnel que la consistance en puisse être connue des tiers, en faveur de qui la garantie est stipulée.

1165. Enfin, si la société est à capital variable, l'extrait doit contenir l'indication de la somme au-dessous de laquelle le capital ne peut être réduit (art. 58, § 3). Cette somme formant, à vrai dire, le seul capital sur lequel le public puisse réellement compter, il importe de l'énoncer dans l'extrait, aussi bien que le chiffre du capital social. Nous n'exceptons même pas le cas où la société à capital variable aurait emprunté la forme collective. Dans cette hypothèse aussi, la société, dès que la variabilité du capital est stipulée, reste avec son caractère propre, c'est-à-dire que le capital en peut être diminué par la reprise totale ou partielle des apports effectués, sauf l'obligation de déterminer par les statuts une somme au-dessous de laquelle il ne pourra pas être réduit. Et dans cette hypothèse aussi, par conséquent, cette dernière somme constitue réellement, par suite de la faculté acquise à tout associé de se retirer, le seul capital sur lequel les tiers puissent réellement compter. Nous ne saurions donc nous arrêter à l'avis exprimé par M. Rivière, d'après qui l'extrait ne devrait contenir l'indication de la somme au-dessous de laquelle le capital social ne peut être réduit que *dans le* cas où la société à capital variable est constituée sous la forme *de la* commandite par actions ou de la société anonyme (1). D'ailleurs, la disposition de l'art. 58, § 3, est absolue; et, par ses termes mêmes, elle est exclusive de cette limitation.

VI. — 1166. Après cet examen détaillé des prescriptions de la loi en ce qui concerne le contenu de l'extrait, il nous paraît utile de préciser par simple énumération, pour chaque espèce de société, les énonciations diverses dont l'extrait doit être composé. Nous supposons, d'ailleurs, dans cette sorte de résumé, la société constituée sans aucune dérogation aux règles qui lui sont propres. Cela posé, s'il s'agit d'une société en nom collectif, l'extrait devra contenir : 1° la date et la nature de l'acte constitutif, c'est-à-dire l'indication même de l'acte d'où est tiré l'extrait; 2° la mention que la société est en nom collectif; 3° l'indication de la raison sociale; 4° celle du siége social; 5° le nom des associés, ainsi que leurs prénoms et leur profession; 6° l'indication de ceux qui sont autorisés à gérer; 7° le montant du capital social; 8° l'époque où la société commence et celle où elle doit finir; 9° la date du dépôt fait aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce.

1167. Si la société est en commandite simple ou en commandite par actions, l'extrait contiendra : 1° la nature et la date de l'acte constitutif; 2° l'indication que la société est en commandite simple ou en commandite par actions; 3° la raison sociale; 4° l'indication du domicile; 5° les noms des gérants; 6° le capital social et l'indication des

(1) Voy. M. Rivière (*Loi de 1867*, n° 372).

valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires; 7° l'époque où la société commence et celle à laquelle elle doit finir; 8° la mention de la souscription du capital social et des versements du quart, constatés par l'acte notarié dont une expédition a été annexée au double de l'acte constitutif; 9° la mention des délibérations prises par l'assemblée générale dans le cas prévu par l'art. 4, et dont une copie certifiée a dû pareillement être annexée au double de l'acte constitutif; 10° enfin, la date du dépôt fait aux greffes du Tribunal de commerce et de la justice de paix.

Notons seulement que les mentions énoncées aux numéros 8 et 9 ne sont requises pour l'extrait que lorsqu'il s'agit d'une société en commandite par actions.

1168. Si l'extrait se réfère à une société anonyme, il devra indiquer: 1° la date et la nature de l'acte constitutif; 2° le fait que la société est anonyme; 3° la dénomination adoptée par la société; 4° le siége social; 5° le montant du capital en numéraire ou autres objets; 6° la quotité des prélèvements à opérer sur les bénéfices pour composer le fonds de réserve; 7° les associés autorisés à administrer; 8° l'époque du commencement et celle de la fin de la société; 9° la souscription du capital social et les versements du quart, constatés par l'acte notarié dont une expédition a été annexée au double de l'acte constitutif; 10° les délibérations prises par l'assemblée générale touchant les apports en nature et les avantages particuliers (art. 4 et 24), et dont une copie certifiée a dû pareillement être annexée au double de l'acte constitutif; 11° la pièce contenant la liste nominative des souscripteurs, dûment certifiée, et qui a été annexée aussi au double de l'acte constitutif, d'ailleurs sans qu'il soit nécessaire de reproduire les noms des actionnaires compris dans la liste; 12° la date du dépôt aux greffes du Tribunal de commerce et de la justice de paix du double de l'acte constitutif et des pièces annexées.

1169. Enfin, si la société, collective, en commandite ou anonyme, est stipulée, par les statuts, à capital variable, l'extrait devra contenir, outre les énonciations propres à la forme en laquelle elle s'est constituée, une mention spéciale de la stipulation de variabilité du capital social, et indiquer de plus la somme au-dessous de laquelle le capital social ne peut être réduit.

§ III. — DU DÉLAI DANS LEQUEL LA PUBLICATION DOIT AVOIR LIEU.

SOMMAIRE.

I. 1170. Le délai de la publication, fixé à quinze jours par le Code de commerce, art. 42, est porté à un mois par la loi de 1867, tant pour le dépôt aux greffes que pour l'insertion dans les journaux. — 1171. C'est un délai unique, même dans le cas où la société a plusieurs maisons de commerce : il n'y a pas lieu à l'augmentation du délai à raison des distances.

II. 1172. Point de départ du délai : c'était la date même de l'acte de société, d'après le Code de commerce, ce qui, après la loi de 1856, créait un défaut de concordance avec les dispositions de cette dernière loi. — 1173. Celle de 1867 y met fin en fixant le point de départ du délai à la constitution de la société : applications. — 1174. *Quid* si la société est conditionnelle? — 1175. Et si un associé a

stipulé, en se portant fort pour des associés absents, avec promesse de ratification? — 1176. Suite. — 1177. Du cas où la société, au cours de son existence vient à créer des maisons nouvelles.

I. — 1170. Le Code de commerce accordait aux sociétés un délai de quinze jours pour procéder à la publication, par l'accomplissement des formalités prescrites par ce code en vue de la publicité, c'est-à-dire la remise de l'extrait au greffe du Tribunal de commerce, et l'insertion de l'extrait dans le journal désigné pour recevoir les annonces légales. Ce même délai de quinze jours était fixé, en 1867, dans le projet proposé par le gouvernement. Mais, sur la demande de la commission du Corps législatif, il a été porté à un mois par la loi nouvelle. Dans le mois de la constitution de toute société commerciale, dit en effet l'article 55, un double de l'acte constitutif ou une expédition est déposé aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce. Et l'article 56 ajoute que, dans le même délai d'un mois, un extrait de l'acte est publié dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales. Ainsi, bien que, par la nature même des choses, comme nous l'expliquons plus haut (nº 1145), le dépôt aux greffes marche avant la publication par la voie de la presse, les deux formalités doivent être accomplies dans le seul et même délai d'un mois.

1171. C'est un délai unique, même pour le cas où la société a plusieurs maisons de commerce dans des arrondissements différents. La publication, tant par la voie du dépôt que par celle de la presse, devra être faite partout dans ce délai. La question s'est posée, sous le Code de commerce, de savoir si, dans ce cas, il n'y aurait pas lieu de distinguer entre la publication au siége de la société et la publication dans les arrondissements où la société avait des succursales, et s'il ne convenait pas, en ce qui concerne cette dernière publication, d'accorder une augmentation de délai en raison des distances. « Ainsi, disait M. Bravard, une société se forme à Paris; elle doit avoir deux maisons de commerce, l'une à Paris et l'autre dans un arrondissement plus ou moins éloigné : n'aura-t-on qu'une quinzaine, à dater du jour où la société a été constituée à Paris, pour procéder à l'affiche dans cet autre arrondissement? Il paraît bien raisonnable d'augmenter le délai en raison de la distance. Pour la société anonyme, notamment, comme elle n'a d'existence que par le décret qui l'autorise, il y aurait lieu d'appliquer l'art. 1er du Code Napoléon et l'ordonnance du 27 novembre 1816. » (1) Toutefois, quelque raisonnable qu'elle soit, cette solution ne saurait être admise. On ne pourrait pas d'abord recourir, pour les sociétés anonymes, au moyen imaginé par l'auteur. Comme l'art. 37 du Code de commerce est abrogé, il ne serait plus exact de dire que ces sociétés n'existent que par le décret d'autorisation, et il n'y aurait aucune raison à l'application des délais établis par l'art. 1er du Code civil en vue de la publication des lois. Toutes les sociétés commerciales sont aujourd'hui sur le même pied; elles peuvent toutes se former librement : et comme

(1) MM. Bravard et Demangeat (*Soc. comm.*, p. 194, aux notes).

ni l'art. 55 de la loi de 1867, ni l'art. 59 qui prévoit spécialement le cas de maisons de commerce multiples, n'établissent les délais de distance accordés généralement dans les autres matières, il faut décider, en thèse, que le délai d'un mois dans lequel doit être faite la publication est un délai unique, qui, même dans le cas où la société a des succursales, doit être observé partout sans aucune augmentation. D'ailleurs, il est vrai de dire qu'à raison de la facilité et de la rapidité des communications, le législateur de 1867 a donné toute satisfaction aux besoins de la pratique en portant à un mois le délai que les rédacteurs du Code de commerce avaient fixé à quinze jours (1).

II. — 1172. Le délai de la publication étant fixé par la loi, il en fallait déterminer le point de départ. D'après le Code de commerce, c'était la date même de l'acte de société. « L'extrait des actes de société en nom collectif et en commandite, portait l'art. 42, doit être remis, *dans la quinzaine de leur date,* au greffe, etc. » La disposition était sans difficulté quant aux sociétés en nom collectif et même quant aux commandites par intérêt que visait cet article. Il n'en fut pas de même, en ce qui concerne la société en commandite par actions, après la publication de la loi du 17 juillet 1856. Tandis que les délais de publication appliqués à ces sociétés auraient couru à partir de la date même de l'acte, suivant l'art. 42 du Code de commerce, leur constitution, d'après la loi de 1856, ne pouvait résulter que de certains faits déterminés : souscription du capital en totalité, versement du quart de chaque action souscrite, vérification et approbation des apports autres qu'en numéraire.

Ainsi, en suivant à la lettre la disposition du Code de commerce, les formalités de publication devaient être accomplies avant que la société eût pris naissance et fût constituée. C'était la décision de la jurisprudence. Vainement avait-on tenté de soutenir que la société en commandite par actions n'avait d'existence réelle et légale que par l'accomplissement des conditions imposées par les art. 1er et 4 de la loi du 17 juillet 1856 ; que, jusque-là, elle était suspendue et n'était qu'un simple projet qui pouvait réussir ou avorter suivant des faits futurs et incertains ; que l'acte véritablement constitutif de la société était la déclaration notariée du gérant par laquelle était officiellement annoncée la souscription du capital et le versement du quart ; et que les formalités de la publication ne devaient et ne pouvaient pas être remplies avant cette déclaration. Les tribunaux répondaient « que la loi du 17 juillet 1856 n'avait en rien abrogé ni modifié l'art. 42 du Code de commerce, qui exigeait impérieusement et d'une manière absolue la publication des actes de société en nom collectif et en commandite dans la quinzaine de leur date ; que, ne s'étant pas occupée de la publication des associations commerciales, la loi de 1856 s'en était nécessairement référée à l'art. 42 ; que, s'il en était autrement, il n'existerait plus

(1) Voy., en ce sens, MM. Rivière (*Loi de 1867*, n° 358), Beudant (*Rev. prat.*, XXV, p. 326 et 327).

aucun délai pour publier les sociétés en commandite par actions, et l'on retomberait dans tous les abus et tous les désordres qu'avait produits le silence de l'ordonnance de 1673 à ce sujet, et dont on avait voulu surtout empêcher le retour.» (1) On décidait donc que, depuis comme avant la loi du 17 juillet 1856, il y avait nécessité, à peine de nullité, de publier les actes établissant les sociétés en commandite par actions, dans les délais et conformément aux prescriptions de l'art. 42 du Code de commerce, et cela bien qu'il n'y eût pas encore souscription de la totalité du capital social, que le versement du quart des actions ne fût pas effectué, et qu'ainsi, d'après la loi précitée, la société ne fût pas encore définitivement constituée.

1173. Il y avait là un défaut de concordance que la loi de 1867 a corrigé. Les art. 55 et 56 expriment, en effet, que le dépôt aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce sera effectué, pour toute société commerciale, *dans le mois de sa constitution,* et que l'extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées sera publié *dans le même délai.* Ainsi, le point de départ du délai, non plus de quinze jours, mais d'un mois, est fixé par la loi d'une manière précise à la constitution même de la société.

Toutefois, le fait d'où dépend la constitution d'une société commerciale n'étant pas le même pour toutes, il s'ensuit que le moment où le délai commence à courir varie suivant la nature ou l'espèce de société. — Ainsi, quant aux sociétés de capitaux, même après la souscription du capital, le versement du quart et l'approbation des apports et des avantages particuliers, la loi dispose : pour les commandites par actions, qu'un conseil de surveillance sera nommé par l'assemblée générale immédiatement après leur constitution définitive *et avant toute opération sociale* (art. 5); pour les sociétés anonymes, qu'elles ne seront constituées qu'à partir de l'acceptation de leurs fonctions par les administrateurs et les commissaires, à la nomination desquels il doit être procédé par une assemblée générale convoquée postérieurement à l'acte constatant la souscription du capital et le versement du quart (art. 25). Le délai d'un mois commencera donc à courir : pour les sociétés en commandite par actions, du jour de la nomination du premier conseil de surveillance; pour les sociétés anonymes, du jour de l'acceptation de leurs fonctions par les premiers administrateurs et par les commissaires pour la première année. — Quant aux sociétés de personnes, spécialement les sociétés en nom collectif et en commandite par intérêts, le point de départ du délai restera naturellement fixé à la date de l'acte constatant la formation de la société.

1174. En serait-il de même, cependant, si la société était formée sous une condition suspensive, si les effets en étaient subordonnés à un événement futur et incertain? Ou bien, le délai ne commencerait-il à courir, en ce cas, que du jour de la réalisation de la condition? Même

(1) Voy. Agen, 10 mars 1858 (Dall., 58, 2, 116; S.-V., 58, 2, 335; *J. Pal.*, 1859, p. 82).

en ce cas, nous déciderions que c'est dans le mois de la convention de société que doivent être accomplies les formalités requises pour la publication. C'est qu'en effet, si la condition se réalise, la société sera censée exister rétroactivement depuis le jour de la convention; en sorte que le contrat ne pouvant plus, dès lors, n'être pas assimilé à un contrat pur et simple, il n'y a pas de raison pour que sa date même n'ait pas fixé le point de départ du délai de la publication.

Tel n'est pas, néanmoins, l'avis de quelques auteurs. L'acte est imparfait, disent-ils, tant que la condition reste en suspens. La publication qui serait faite pendant cet intervalle ne remplirait donc pas le vœu de la loi. Car, dans la pensée du législateur, la publication a pour objet d'annoncer aux tiers que la société existe. Or, une telle annonce n'est opportune qu'autant que la société existe réellement. Faite lorsque l'existence de la société est encore future et incertaine, elle serait prématurée, inefficace; et la condition venant ensuite à se réaliser, cette publication ne serait pas opposable aux tiers (1). Nous répondons par les règles de droit touchant la rétroactivité de la condition suspensive. Il est certain que cette condition rétroagit et que l'effet rétroactif se produit non-seulement dans les rapports des parties qui ont figuré au contrat, mais aussi dans les rapports de ces parties avec les tiers (C. civ., art. 1179). Peut-on contester, dès lors, qu'il y ait un intérêt véritable à connaître le contrat de société depuis le jour même où il se forme? Et, cela étant, n'est-il pas juste que de ce jour même coure, nonobstant la condition qui suspend l'existence de la société, le délai imparti par la loi pour l'accomplissement de formalités édictées précisément dans l'intérêt des tiers? Le contrat est imparfait, dit-on, et la publication serait prématurée! Mais y songe-t-on? Supposons une société collective formée sous une condition suspensive, avec cette stipulation que Pierre apporte à la société un immeuble dont il est actuellement propriétaire. N'est-il pas vrai que le droit de propriété quant à cet immeuble va rester en quelque sorte entravé tant que la condition du contrat ne sera pas réalisée ou n'aura pas défailli? N'est-il pas certain que les tiers auxquels des droits réels seraient conférés sur l'immeuble par Pierre durant l'intervalle seront sous le coup d'une condition résolutoire qui, bien que non exprimée, aura pour effet, si la condition vient à se réaliser, d'anéantir les droits qu'ils tenaient de Pierre, leur auteur? Ils ont donc un intérêt puissant à ne pas ignorer l'existence d'un pacte dont les modalités les exposent à de telles éventualités. L'intérêt des tiers et les principes du droit touchant les effets propres à la condition suspensive se réunissent ainsi pour justifier notre proposition, à savoir: que le point de départ du délai d'un mois pour la publication se place à la date du contrat, même quand la société est formée sous une condition suspensive.

1175. Nous rapprocherons de cette solution un arrêt qui à certains

(1) Telle est l'opinion exprimée dans le *Répertoire* de MM. Dalloz (vº Société, nº 823). Voy. aussi MM. Vavasseur (nºˢ 444 et 445), Bédarride (*Soc.*, nº 360), Lombard (*Eng. des Soc. civ. et comm.*, p. 39 et 40).

égards paraît contraire, bien que, au fond du moins, il soit juste et parfaitement juridique. C'est l'arrêt dont nous avons eu à nous occuper dans la première partie de cet ouvrage en traitant des sociétés civiles (*suprà*, nos 17 et 243). La Cour de cassation y décide que l'acte de société dans lequel l'un des associés a stipulé pour des coassociés futurs sans présenter leurs pouvoirs, et seulement avec promesse de fournir leur ratification, ne constitue réellement et légalement la société au regard des tiers que lorsque la ratification a été donnée. Elle juge, en conséquence, que les formalités de la publication accomplies antérieurement à cette ratification restent sans effet en ce qu'elles se rattachent à un acte imparfait, en sorte que, jusqu'à la publication régulière de l'acte ratifié et ainsi complété, les associés demeurent personnellement propriétaires des immeubles apportés par eux en société, et, dès lors, capables de les hypothéquer (1). Il s'agissait, en effet, dans l'espèce, de régler le sort d'hypothèques créées sur les immeubles de la société, soit par les associés en leur nom personnel pour sûreté d'un crédit à eux ouvert, soit par ces mêmes associés, non plus en leur nom personnel, mais pour assurer le payement de dettes contractées par la société. D'ailleurs, les droits des créanciers avaient été acquis après la ratification promise, qui avait été donnée en effet, mais qui n'avait pas été publiée. Dans cette situation, la Cour s'est prononcée en faveur des créanciers personnels, dont elle a validé l'hypothèque. Et cela devait être. En effet, la ratification intervenue ne pouvait pas nuire à l'intérêt des tiers auxquels les associés futurs, dont la ratification avait été promise, avaient concédé des droits réels sur les immeubles qui, aux termes de l'acte social, devaient être apportés à la société. Car il est de règle que si la ratification produit des effets rétroactifs entre les parties, elle n'en saurait produire à l'encontre des tiers (C. civ., art. 1338). Il est donc vrai de dire que, vis-à-vis des tiers, les associés dont la ratification est promise sont à considérer comme étrangers à la société non-seulement jusqu'à la ratification, mais encore jusqu'au jour de la notification de cette ratification au public par l'accomplissement des formalités prescrites en vue de la publicité. En d'autres termes, par rapport à ces associés, la ratification est l'équivalent de la formation même du contrat de société, en sorte qu'à défaut d'une publication spéciale, les tiers qui auraient traité avec eux ne peuvent pas se voir opposer les actes ou les faits accomplis par la société que la ratification a complétée. C'est, en définitive, ce qu'a décidé la Cour de cassation par l'arrêt précité; et, en cela, la décision est absolument incontestable.

1176. Mais la Cour déclare, dans les motifs de son arrêt, « que les dispositions de la loi relatives au délai de la publication n'imposent pas le devoir de remplir les formalités avant que l'acte de société ne soit devenu définitif par l'approbation ou la ratification de ceux dont le con-

---

(1) Rej., 4 août 1847 (S.-V., 47, 1, 649; *J. Pal.*, 1847, t. II, p. 567; Dall., 47, 1, 309).

sentement est nécessaire pour la validité de la société, *et que c'est alors seulement qu'il y a nécessité de se conformer aux dispositions de la loi qui prescrivent la publication des sociétés.* » Or, c'est là ce que nous ne saurions admettre. Il est incontestable, en effet, quant aux associés présents, à ceux qui ont figuré au contrat primitif, qu'ils sont obligés sous la condition que la ratification promise sera donnée à l'époque fixée. Il paraît même résulter des faits exposés que, dans l'espèce, ils avaient entendu former la société sous la condition qu'elle serait résolue si les associés absents pour lesquels on se portait fort ne ratifiaient pas. Mais que la condition soit résolutoire ou qu'elle soit suspensive, il reste toujours que, la ratification promise intervenant, la société, vis-à-vis des associés qui s'étaient engagés sous cette condition et des tiers avec lesquels ils auraient été en rapport, sera censée avoir été contractée purement et simplement dès l'origine. Et, dès lors, il n'est pas juste de dire que la nécessité de procéder aux formalités de la publication ne prend naissance que du jour où intervient la ratification. Oui, sans doute, la nécessité se produit ce jour-là quant à la ratification qui, elle aussi, doit être publiée dans le délai fixé par la loi, nous venons de l'établir. Mais cela n'exclut en aucune façon la nécessité pour les associés de publier en premier lieu le contrat d'association lui-même dans le mois de sa date et sans attendre l'événement de la ratification. Et, en effet, modifions l'espèce sur laquelle a statué l'arrêt précité de la Cour de cassation. Dans cette espèce, où un père apportait à la société qu'il constituait un immeuble indivis entre lui et ses enfants pour lesquels il se portait fort et dont il promettait la ratification, le contrat de société seul avait été publié. Supposons, à l'inverse, que, seule, la ratification soit l'objet de la publication, qu'adviendrait-il dans l'hypothèse où les créanciers personnels du père auraient obtenu de lui, antérieurement à la ratification, une hypothèque sur l'immeuble qu'il a apporté à la société? Ces créanciers seraient fondés à prétendre qu'à défaut de publication de l'acte de société, l'hypothèque qu'ils tiennent de leur auteur est valable et opposable aux créanciers sociaux, ce qu'ils ne pourraient pas dire si l'acte de société avait été publié, parce qu'alors la ratification produisant tous les effets de la condition, il en résulterait que la société serait censée avoir été propriétaire exclusive dès l'origine, et qu'ainsi le constituant n'avait pas pu valablement grever des biens désormais sortis de ses mains. Et vainement exciperaient-ils, dans ce dernier cas, de ce que la ratification, d'après l'article 1338, ne produit pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers. Cela est vrai dans les rapports de celui dont la ratification est promise et de ceux qui ont contracté avec lui et peuvent être intéressés à ce que la ratification n'ait pas lieu. Mais la règle ne saurait faire obstacle à l'effet rétroactif à l'égard de ceux qui, comme dans notre espèce, ont entendu s'obliger dès le jour du contrat et n'ont vu dans la ratification qu'une condition apposée à leur engagement et qui dès lors doit, comme toute condition, produire un effet rétroactif. — Donc, étant donné un acte de société dans lequel un des associés se porte fort pour des coasso-

ciés absents, en promettant de fournir leur ratification, nous concluons que les associés devront, en premier lieu, procéder aux formalités de la publication dans le mois qui suivra la rédaction du contrat, et qu'intervenant ultérieurement la ratification, ils devront procéder, encore dans le mois de sa date, aux formalités de la publication en ce qui la concerne.

1177. Une dernière hypothèse est à prévoir : c'est celle où une société qui, à son origine, n'aurait eu qu'une seule maison de commerce viendrait, au cours de son existence, à créer de nouveaux établissements ou des succursales dans divers arrondissements. Il n'est pas douteux que, dans cette hypothèse, il y aurait lieu de faire des publications spéciales, tant par dépôt aux greffes que par la voie de la presse, dans les lieux où sont établies les nouvelles maisons de commerce. C'est incontestablement l'esprit de la loi; et l'on peut argumenter de la disposition de l'art. 61, qui, comme nous l'allons voir dans le dernier paragraphe de cette section, soumet aux dispositions des art. 55 et 56 tous les événements qui peuvent intéresser les tiers.

§ IV. — DE LA PUBLICITÉ PERMANENTE IMPOSÉE AUX SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

SOMMAIRE.

I. 1178, 1179. En quoi consiste et d'où résulte la publicité permanente exigée pour les sociétés par actions : texte des art. 63 et 64 de la loi de 1867.

II. 1180. 1° Affiche dans les bureaux de la société d'une copie des pièces déposées aux greffes. — 1181. 2° Énonciation dans les actes, factures et autres documents émanés de la société, de sa nature, et du montant du capital social. — 1182. Toutefois, l'indication n'est requise que dans les actes et documents *imprimés* ou *autographiés*. — 1183. 3° Faculté conférée à toute personne de prendre communication des pièces déposées et de s'en faire délivrer, à ses frais, une expédition ou un extrait, et même d'obtenir, au siége de la société, une copie certifiée des statuts.

III. 1184, 1185. Sanctions.

I. — 1178. Indépendamment de la publicité d'origine dont il vient d'être question dans les paragraphes qui précèdent, et qui d'une manière générale est requise comme l'une des conditions constitutives de toute société de commerce, une publicité en quelque sorte permanente a été organisée, qui, appliquée d'abord par la loi du 23 mai 1863 aux sociétés à responsabilité limitée instituées par cette loi, a été reprise par celle du 24 juillet 1867, et étendue aux commandites par actions et aux sociétés anonymes. Cette publicité est réglée par les art. 63 et 64, dont les dispositions, empruntées aux art. 8, 11 et 28 de la loi du 23 mai 1863, sont ainsi conçues :

« Art. 63. Lorsqu'il s'agit d'une société en commandite par actions ou d'une société anonyme, toute personne a le droit de prendre communication des pièces déposées aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce, ou même de s'en faire délivrer à ses frais expédition ou extrait par le greffier ou par le notaire détenteur de la minute.

» Toute personne peut également exiger qu'il lui soit délivré, au siége de la société, une copie certifiée des statuts, moyennant payement d'une somme qui ne pourra excéder un franc.

» Enfin, les pièces déposées doivent être affichées d'une manière apparente dans les bureaux de la société.

» Art. 64. Dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres documents *imprimés* ou *autographiés,* émanés des sociétés anonymes ou des sociétés en commandite par actions, la dénomination sociale doit toujours être précédée ou suivie immédiatement de ces mots, inscrits lisiblement, en toutes lettres : *Société anonyme* ou *Société en commandite par actions,* et de l'énonciation du montant du capital social.

» Si la société a usé de la faculté accordée par l'art. 48, cette circonstance doit être mentionnée par l'addition de ces mots : *à capital variable.*

» Toute contravention aux dispositions qui précèdent est punie d'une amende de cinquante francs à mille francs. »

1179. On aperçoit en quoi consiste la publicité permanente exigée spécialement pour les sociétés par actions. Elle doit résulter de certains faits nettement précisés par ces articles, à savoir : 1° l'affiche, d'une manière apparente, dans les bureaux de la société, des pièces déposées aux greffes; 2° l'indication de la nature de la société dans les actes, publications et documents qui émanent d'elle, ainsi que l'énonciation du capital social. Et, à ces faits, la loi ajoute le droit *pour toute personne* soit de prendre communication, aux greffes, des pièces déposées, soit de s'en faire délivrer, à ses frais, expédition ou extrait, et même d'exiger, au siége de la société, qu'il lui soit délivré une copie certifiée des statuts. Présentons, sur chacun de ces points, les quelques observations qu'ils comportent. Nous indiquerons ensuite les sanctions qui seraient encourues en cas d'inobservation des prescriptions diverses de la loi.

II. — 1180. Et d'abord, toute société anonyme ou en commandite par actions doit faire afficher d'une manière apparente, dans ses bureaux, les pièces qui ont dû être déposées. C'est là une mesure renouvelée de celle que prescrivait l'art. 42 du Code de commerce, d'après lequel l'extrait des actes de société devait être affiché, pendant trois mois, dans la salle des audiences du Tribunal de commerce. Sera-t-elle efficace? Quoique la salle des audiences fût un lieu ouvert à tous, on sait combien était illusoire la publicité qui résultait de la mesure ainsi établie par une disposition de loi maintenant abrogée. Il est à craindre que la loi de 1867 n'obtienne pas un meilleur résultat en la rétablissant spécialement pour les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions, d'autant plus que les bureaux de ces sociétés où l'affiche doit être apposée ne sont pas des lieux publics comme une salle d'audience, et que même bien des sociétés n'ont pas des bureaux ouverts au public. Quoi qu'il en soit, toute société anonyme ou en commandite par actions doit faire afficher dans ses bureaux, non plus le simple extrait qui suffisait d'après l'art. 42 du Code de commerce, mais les pièces déposées. Et, pour se conformer à la prescription de l'art. 63, elle doit aviser à ce que la mesure soit exécutée d'*une manière apparente,* c'est-

à-dire de telle façon que toute personne pénétrant dans le bureau où les pièces sont affichées puisse aisément en prendre connaissance.

1181. La seconde mesure, qui peut avoir plus de portée, a pour but, selon le rapport de la commission législative, « d'éviter aux tiers des surprises, en mettant constamment sous leurs yeux *la nature* de l'être moral avec lequel ils traitent, et l'étendue des garanties qu'il présente. » (1) A cette fin, l'art. 64 exige que tous les actes, factures, annonces, publications et autres documents, imprimés ou autographiés, émanés des sociétés anonymes ou des sociétés en commandite par actions, au cours de leur existence, contiennent une double énonciation. Ces actes et documents doivent toujours contenir : 1° l'indication de *la nature* de la société; 2° l'énonciation du montant du capital social.

Ainsi, la société est-elle en commandite par actions, sa dénomination sociale devra être précédée ou immédiatement suivie, dans tous ses actes, factures, annonces, publications et autres documents, de cette formule : *Société en commandite par actions;* et si la variabilité du capital a été stipulée, cette formule sera complétée par l'addition de ces mots : *à capital variable*. La société est-elle anonyme, la formule devra naturellement être modifiée; la dénomination sociale sera précédée ou suivie des mots : *Société anonyme*, avec addition également de ceux-ci : « à capital variable », s'il y a eu stipulation de variabilité du capital. Dans tous les cas, l'énonciation devra être apparente; elle doit, dit l'art. 64, être écrite « lisiblement en toutes lettres. »

Dans tous les cas aussi, les actes et documents émanés de la société dans tout le cours de son existence énonceront, en outre, « le montant du capital social. » On a dit de cette énonciation qu'elle peut ne pas répondre exactement à son objet en ce qu'en maintes circonstances elle renseignera mal le public sur le crédit réel de la société. Il importera peu, en effet, aux tiers de savoir que telle société a été fondée, il y a cinq ou dix ans, au capital de dix millions, par exemple, si, à l'heure où l'on va traiter avec elle, le capital social se trouve réduit à six millions ou moins par suite de pertes subies dans des opérations malheureuses. « Il aurait fallu, pour bien faire, dit à ce propos M. de Courcy, obliger les sociétés à publier non leur capital social, mais le capital effectif de garantie résultant du dernier inventaire. » (2) Toutefois, l'auteur le reconnaît lui-même, cela dépasserait le but et pourrait exciter les sociétés, qui se croiraient intéressées à dissimuler leurs pertes, à soutenir leur crédit au moyen d'inventaires complaisants. Il faut donc rester dans les termes de la loi : les tiers auxquels les documents sociaux font connaître le capital de constitution aviseront à se renseigner plus amplement sur la situation actuelle de la société avec laquelle ils se proposent de traiter.

1182. D'ailleurs, la nature de la société et le montant du capital social ne sont à énoncer, d'après le texte, que dans les actes et docu-

---

(1) Voy. le premier rapport de la commission (Tripier, t. I, p. 182).
(2) Voy. M. Alfred de Courcy (*les Soc. anon.*, p. 233).

ments *imprimés* ou *autographiés* émanés de la société. Le projet du gouvernement était plus radical ; il exigeait, sans limitation ni réserve, les énonciations dont il s'agit dans tous les documents, quelle qu'en fût la forme ; la commission du Corps législatif proposait de limiter l'exigence aux documents *imprimés;* mais son projet lui-même a été amendé, au conseil d'État, par l'addition du mot *autographiés,* afin d'éviter toute méprise, et sans doute d'indiquer que, seuls, les documents *manuscrits* peuvent, sans contravention, circuler sans les énonciations requises. M. Vavasseur hésite à admettre cette conséquence, en ce qu'elle laisserait aux sociétés qui ne voudraient pas se faire connaître un moyen facile d'éluder la loi ; et il conseille à toutes, pour éviter des difficultés, de comprendre, même dans leurs documents manuscrits, les indications prescrites par l'art. 64 (1). Le conseil est sage assurément. Mais il pourrait sans danger n'être pas suivi ; car la pensée précise du législateur a été de limiter la pénalité aux imprimés. « Le projet du gouvernement, a dit la commission, en attachant la peine à tous actes, factures, annonces, publications et autres documents, sans ajouter le mot *imprimés,* frappait les agents, à raison d'une négligence très-vénielle, au lieu d'atteindre la société. Quel devait être le but de la loi? D'éviter aux tiers des surprises, en mettant constamment sous leurs yeux la nature de l'être moral avec lequel ils traitent, et l'étendue des garanties qu'il présente. Or, ces surprises calculées sont à craindre, surtout dans les imprimés, annonces, publications, factures ou autres, par lesquels un commerçant, société ou autre, manifeste son existence au dehors. *En limitant la pénalité aux imprimés,* on atteignait le mal dans sa source véritable. La répression, au lieu de s'égarer un peu au hasard, frappait le vrai coupable, la société. »

1183. Enfin, pour compléter ces diverses mesures constitutives de la publicité permanente imposée aux sociétés par actions, l'art. 63 confère à *toute personne* la faculté non-seulement de prendre communication des pièces déposées aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce, mais encore de s'en faire délivrer à ses frais expédition ou extrait par le greffier ou par le notaire détenteur de la minute. Ainsi, la loi déroge ici à une règle de la profession notariale en obligeant le notaire, qui, en général, ne doit livrer des expéditions qu'à ses clients, à déférer à la demande de *toute personne* qui, moyennant payement des frais, le requiert de lui délivrer expédition des actes sociaux dont il détient la minute. Le législateur va plus loin encore, et, prévoyant que les tiers pourraient hésiter à demander des expéditions dont le coût, en raison de l'étendue des actes, serait relativement considérable, il accorde par le même art. 63 à toute personne le droit d'exiger qu'il lui soit délivré, au siége de la société, *une copie certifiée* des statuts, moyennant payement d'une somme qui ne pourra excéder un franc. Dans la pratique, c'est au moyen d'exemplaires imprimés qu'il est, en général, satisfait à cette prescription de la loi, bien que cela ne réponde

(1) M. Vavasseur (n° 448).

pas exactement à la lettre, d'après laquelle toute personne peut exiger *une copie certifiée* (1).

III. — 1184. Il reste à préciser les sanctions sous lesquelles sont prescrites les mesures édictées par les art. 63 et 64. A cet égard, l'article 64, dans son dernier paragraphe, dispose que « toute contravention aux dispositions qui précèdent est punie d'une amende de cinquante francs à mille francs. » Toutefois, il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette disposition. Il est généralement admis qu'en parlant de la contravention *aux dispositions qui précèdent,* elle a uniquement en vue la contravention aux prescriptions de l'art. 64 lui-même. Et cette appréciation est justifiée non-seulement par les termes mêmes de la disposition, mais encore et surtout par son historique. Elle est empruntée à l'art. 28 de la loi du 23 mai 1863, qu'elle reproduit littéralement. Or, cet article 28, en édictant la même amende de 50 à 1 000 francs, visait uniquement la contravention à la prescription de l'art. 11, qui avait imposé aux sociétés à responsabilité limitée l'obligation d'énoncer, dans tous les documents émanés d'elles, la nature de la société et le montant du capital social. Il en résulte donc que, de même que la loi de 1863, c'est l'infraction à ces dernières prescriptions que la loi de 1867 punit de l'amende de 50 à 1 000 francs.

Il est à noter, toutefois, que l'infraction résulterait non pas seulement de l'inaccomplissement de la mesure dans son ensemble, *mais* encore de l'omission d'un seul de ses éléments. Ainsi, la loi exigeant l'énonciation, écrite lisiblement en toutes lettres, de la nature de la société et du montant du capital social, la peine de l'amende serait encourue si les énonciations n'étaient pas complètes, par exemple si le montant du capital social n'était pas indiqué à côté de la dénomination sociale et de la nature de la société, ou si elles étaient irrégulières, par exemple si, au lieu d'être écrites en toutes lettres, suivant la prescription de la loi, elles étaient faites par abréviations. Il y aurait seulement, pour les juges, à tenir compte des circonstances; et comme la loi leur permet de se mouvoir entre le minimum de 50 francs et le maximum de 1 000, ils pourront toujours mesurer équitablement la peine à la gravité de l'infraction.

1185. Maintenant, de ce que la sanction édictée par l'art. 64 n'est pas applicable aux infractions à l'art. 63, s'ensuit-il que ce dernier article reste dénué de sanction? La question était posée dans la discussion de la loi. « Je demanderai, disait M. de Champagny, si l'amende pour contravention aux dispositions de l'art. 64 s'appliquera aussi à l'art. 63. Sans cela, cet article est sans sanction. » Il ne fut rien répondu à cette

(1) « Ce texte est dur, dit M. de Courcy, et, pris à la lettre, serait singulièrement tyrannique. J'aime à croire que MM. les curieux qui exigeraient la remise des statuts pour un franc voudront bien se contenter d'un exemplaire imprimé; pourtant, s'il leur plaisait d'avoir des signatures autographes des administrateurs certifiant de véritables copies, le texte serait en leur faveur; et pour peu qu'on suppose cent personnes manifestant la même exigence, on voit à quelle besogne seraient occupés les bureaux de la société et les administrateurs, obligés de délivrer ces cent copies certifiées, le tout pour une rétribution de cent francs. » (*Soc. comm.*, p. 224 et 225.)

observation (1). On pensa sans doute qu'à défaut d'une sanction spéciale, les principes généraux suffiraient à assurer l'exécution de la loi. L'art. 63 exige l'affiche des pièces déposées dans les bureaux de la société, et accorde à toute personne le droit de s'en faire délivrer expédition ou extrait par le greffier ou par le notaire détenteur de la minute, ou même d'obtenir, au siége social, une copie certifiée des statuts. Évidemment, l'exécution de ces mesures est garantie par les responsabilités de droit commun qui peuvent atteindre les personnes à qui il incombe de les remplir. Il est certain, par exemple, qu'en cas de préjudice résultant de ce qu'expédition, extrait ou copie certifiée aurait été refusé ou serait tardivement remis au tiers qui l'a réclamé, la réparation en pourrait être demandée devant les tribunaux contre le greffier, le notaire, les gérants ou les administrateurs en faute. Nous admettons aussi, avec les auteurs, qu'en cas d'urgence, les intéressés auxquels l'expédition ou l'extrait serait refusé pourront saisir la juridiction des référés et demander, sous une contrainte de tant par chaque jour de retard, l'accomplissement de l'obligation imposée par la loi (2).

§ V. — PUBLICATION DES MODIFICATIONS AUX STATUTS DE LA SOCIÉTÉ OU DANS SON PERSONNEL.

SOMMAIRE.

I. 1186. Outre la publicité initiale, la loi exige, dans l'intérêt des tiers, la publication de certaines modifications qui peuvent être faites au pacte social pendant la durée de la société : texte des art. 61 et 62. — 1187. Le mode de cette publicité complémentaire est le même que celui de la publicité initiale. — 1188. L'art. 61 est purement énonciatif; toute modification dont l'effet peut être d'altérer le droit des tiers doit être publiée. Transition aux modifications dont la publication est spécialement exigée par cet article.

II. 1189. *Modification des statuts.* Celles-là seules sont soumises aux formalités de publication qui peuvent intéresser les tiers.

III. 1190. *Continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée.* C'est la prorogation; elle peut, en certains cas, être affranchie de l'accomplissement des conditions intrinsèques; *secùs* en ce qui concerne la condition extrinsèque de publicité. — 1191. *Quid* dans le cas où la prorogation prétendue impliquerait constitution d'une société nouvelle?

IV. 1192. *Dissolution avant le terme convenu, et mode de liquidation :* hypothèse de la loi. — 1193. L'obligation de publier le mode de liquidation n'était pas imposée par l'art. 46 du Code de commerce : intérêt de cette indication dans la publication. — 1194. Quant à la dissolution, la publication n'en est requise, en thèse générale, qu'autant qu'elle est le résultat d'un fait volontaire de la part des associés.

V. 1195. Applications : dissolution par l'expiration du temps pour lequel la société avait été contractée; il n'est pas besoin, l'acte de société ayant été publié, d'une publication spéciale de la dissolution. — 1196. Il en est de même dans le cas de dissolution par la réalisation d'un événement indiqué comme condition résolutoire dans l'acte de société; — 1197. Et de la dissolution par la consommation de l'affaire. — 1198. *Quid* de la dissolution par l'extinction ou l'épuisement du fonds social? Distinctions. — 1199. De la dissolution par la mort, l'interdiction ou la faillite de quelqu'un des associés : renvoi. Transition au cas de dissolution par la volonté d'un ou de plusieurs associés.

VI. 1200. De la dissolution *ex justâ causâ :* elle est l'exécution d'un jugement qui porte sa publicité avec lui; elle n'a pas besoin d'être autrement publiée. — 1201. *Secùs* quand la société finit soit du consentement de tous les associés, soit par le

(1) Voy. le *Comment. législ.* de M. Tripier (t. II, p. 144).
(2) Voy. M. Bédarride (n° 633).

changement de volonté d'un seul ou de plusieurs; — 1202. Et cela encore même que la société ait été constituée sans stipulation d'un terme; — 1203. Et quand même la constitution de la société n'aurait pas été publiée. — 1204. La publication doit être faite dans le délai d'un mois; néanmoins, faite après ce délai, elle produit ses effets pour l'avenir. *Quid*, si elle est faite dans le délai, en ce qui concerne les engagements pris entre la dissolution et la publication?

VII. 1205. Conséquences de l'inaccomplissement des formalités dans le cas de dissolution conventionnelle : 1° dans les rapports des associés entre eux; — 1206. 2° Dans les rapports des associés avec les tiers. Ces derniers peuvent, suivant qu'ils y ont intérêt, tenir la dissolution comme opérée ou en demander la nullité; — 1207. Et on ne pourrait leur opposer la connaissance qu'en fait ils auraient eue de la dissolution. — 1208. Conséquences de la non publication dans le cas de dissolution en dehors de la volonté des associés : entre ceux-ci, la dissolution opère de plein droit, soit qu'ils aient connu, soit qu'ils aient ignoré l'événement qui la cause : renvoi. — 1209. *Quid* dans les rapports de la société avec les tiers? Renvoi.

VIII. 1210. *Changement ou retraite d'associés.* Portée de la disposition : elle a en vue seulement les sociétés de personnes; — 1211. Encore même faut-il que la modification dans le personnel procède non point d'un fait accidentel, comme l'interdiction ou la faillite, mais de la volonté des associés. — 1212. *Quid* dans le cas où le changement ou la retraite d'associés concourt avec la prorogation de la société et dans celui où le fait entraîne dissolution? — 1213. Exception en ce qui concerne les sociétés à capital variable : portée de l'art. 62 de la loi de 1867 par lequel l'exception est établie. — 1214. S'applique-t-il aux sociétés à capital variable, même lorsqu'elles sont en nom collectif ou en commandite par intérêt?

IX. 1215. *Changement à la raison sociale.* Objet de la publicité à cet égard. — 1216. Faut-il rendre publique la nomination des gérants lorsqu'elle a lieu pendant la durée de la société? — 1217. Suite.

X. 1218, 1219. Enfin, par une disposition spéciale aux sociétés par actions, la loi exige la publication des délibérations prises dans les cas prévus par les art. 19, 37, 46, 47 et 49.

I. — 1186. L'intérêt des tiers, que le régime de la publicité a pour objet tout spécial de protéger, serait bien imparfaitement sauvegardé si le législateur s'en fût tenu à prescrire la publicité initiale dont nous venons d'étudier le mode et les conditions. Il peut arriver que la société, après sa constitution, soit amenée à se modifier dans sa forme, dans sa nature, dans ses éléments essentiels enfin. Et que servirait-il alors de connaître le pacte social et ses conditions constitutives si de tels changements pouvaient être opérés à l'insu des tiers, si de telles modifications pouvaient être faites sans qu'elles dussent être portées aussitôt à la connaissance du public? Le législateur ne s'y est pas trompé; et, à côté de la publicité initiale, qui est une des conditions constitutives des sociétés commerciales, il a établi une publicité complémentaire dont la nécessité s'impose à ces sociétés dans toutes les phases de leur existence. Déjà, par l'art. 46 du Code de commerce, il était exigé que toute continuation de société, après son terme expiré, fût constatée par une déclaration des coassociés, et que cette déclaration, ainsi que tous actes portant dissolution de société avant le terme fixé pour sa durée, tout changement ou retrait d'associés, toutes nouvelles stipulations ou clauses, tout changement à la raison de la société, fussent soumis aux formalités prescrites par les art. 42, 43 et 44. Le législateur de 1867 ne pouvait pas se montrer moins exigeant. Et, par l'art. 61, il soumet aux formalités et aux pénalités prescrites par les art. 55 et 56 « tous actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts, la

continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, la dissolution avant ce terme et le mode de liquidation, tout changement ou retraite d'associés et tout changement à la raison sociale », et aussi « les délibérations prises dans les cas prévus par les art. 19, 37, 46, 47 et 49. » — L'art. 62 ajoute néanmoins : « Ne sont pas assujettis aux formalités de dépôt et de publication les actes constatant les augmentations ou les diminutions du capital social opérées dans les termes de l'art. 48, ou les retraites d'associés, autres que les gérants ou administrateurs, qui auraient lieu conformément à l'art. 52. »

1187. Par sa formule même, l'art. 61 précise en quoi doit consister la publicité requise pour les modifications qui, au cours de la société, peuvent être faites à ses statuts ou à son personnel. L'article exprime que ces modifications sont soumises *aux formalités et aux pénalités prescrites par les art.* 55 *et* 56. Il indique par cela même que, dans le délai d'un mois de l'acte ou de la délibération par lequel le changement est opéré, la société doit accomplir la formalité du dépôt aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix, conformément à l'article 55; et que, dans ce même délai d'un mois, elle doit, en exécution de l'art. 56, faire publier l'extrait de l'acte ou de la délibération dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, et, pour justifier de l'insertion, faire enregistrer un exemplaire du journal dans les trois mois de sa date. L'art. 59 devra aussi être pris pour règle, bien que l'art. 61 ne s'y réfère pas expressément; et, par suite, les actes et délibérations modificatifs des statuts devront être publiés tant par dépôt aux greffes que par la voie de la presse, non-seulement au lieu du siége social, mais encore dans les autres lieux où la société a des établissements principaux ou des succursales. On le décidait ainsi, sous l'empire du Code de commerce, par application de l'art. 46 (1). Il faut évidemment entendre et appliquer de même l'art. 61 de la loi actuelle.

1188. Cet article a précisé certaines modifications pour les soumettre expressément à la publicité. Nous allons les reprendre successivement. Mais, auparavant, constatons que l'énumération est purement énonciative. Bien des clauses non mentionnées sont cependant de nature à être publiées et doivent l'être pour qu'elles soient opposables aux tiers (2). La règle, en ce point, est que la publication complémentaire dont nous avons maintenant à nous occuper est requise et nécessaire sinon pour tous changements survenant pendant le fonctionnement de la société, au moins pour ceux dont le résultat peut être d'altérer les droits des tiers et leurs rapports avec la société. Sans insister sur cette règle, qui, d'ailleurs, trouvera des applications dans les observations qui vont suivre, nous allons reprendre une à une les diverses modifications prévues et précisées par l'art. 61.

II. — 1189. En premier lieu sont indiqués *tous actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts*. Et, en ce point tout d'a-

(1) Paris, 5 juill. 1859 (S.-V., 59, 2, 553; *J. Pal.*, 1860, p. 311).
(2) Voy. Lyon, 26 nov. 1863 (S.-V., 64, 2, 202; Dall., 64, 2, 233). *Comp.* Paris, 13 juill. 1857 (Dall., 57, 2, 208).

bord, il faut tenir compte de notre règle et de la distinction qu'elle fait pressentir. Sans doute, les statuts publiés sont pour les tiers la chose essentielle, ce qu'ils consultent avant tout pour se fixer sur le point de savoir dans quelle mesure ils peuvent faire confiance à la société, s'engager et traiter avec elle. Il est donc juste et nécessaire que les associés ne puissent pas déroger après coup aux statuts tels que la publication les a fait connaître sans accuser publiquement les dérogations qu'ils ont jugé à propos d'y apporter. Mais ce n'est pas à dire que toutes dérogations doivent nécessairement être publiées. Il en est dont l'objet unique et le résultat ne touchent qu'aux rapports des associés entre eux, par exemple celles qui ajoutent ou retranchent aux salaires alloués aux gérants. Pourquoi et dans quel intérêt la publication en serait-elle exigée (1)? Dans cet ordre d'idées, il a été décidé spécialement que la clause modificative des statuts qui confère à l'assemblée le droit de révocation du gérant n'est pas soumise à publication, comme n'entraînant en elle-même aucun changement à l'acte de société (2), et qu'il en est de même de la convention par laquelle des associés stipulent qu'au lieu de deux inventaires par an prescrits par l'acte de société, il en sera fait un seul et à la fin de l'année (3). De telles modifications, disent justement les décisions citées, ne portent sur aucune des clauses principales dont la publication a été effectuée; il est, évidemment, sans aucune utilité de les publier elles-mêmes.

L'art. 61, en prescrivant la publicité complémentaire dont il s'agit ici, n'a pu avoir en vue que celles qui seraient de nature à altérer la situation de la société. A défaut d'être rendues publiques, celles-là seraient comme non avenues au regard des tiers auxquels incontestablement elles ne seraient pas opposables. Sans chercher à préciser les stipulations ou conventions qui rentreraient dans cette catégorie, nous pouvons renvoyer aux art. 57 et 58, dans lesquels sont déterminées les clauses du contrat de société dont doit faire mention l'extrait à publier dans les journaux. Il est évident que, dans la pensée du législateur, aucune modification ne pourrait être faite à ces clauses ainsi publiées sans que la nécessité s'imposât aussitôt de porter la modification à la connaissance des tiers. Ajoutons, d'ailleurs, qu'il en serait de même si, au lieu de toucher spécialement à une clause du contrat, la modification consistait en une addition aux dispositions de la convention sociale.

III. — 1190. Après les modifications aux statuts, l'art. 61 signale, comme soumis aux formalités et aux pénalités prescrites par les art. 55 et 56, les actes et délibérations ayant pour objet la *continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée*. Il s'agit ici de la prorogation dont nous nous sommes occupé dans le chapitre précédent pour rechercher en quels cas elle rend nécessaire l'accomplissement des con-

---

(1) Rej., 21 févr. 1832 (Dall., 32, 1, 110). Voy. aussi MM. Pardessus (n° 1006), Delangle (n° 587), Bédarride (*C. comm.*, art. 46, n° 417).
(2) Req., 9 mai 1860 (*J. Pal.*, 1860, p. 1125; Dall., 60, 1, 279; S.-V., 60, 1, 62).
(3) Paris, 17 nov. 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 46).

ditions *intrinsèques* requises pour la constitution même des sociétés (*suprà*, nos 1079 à 1090). Mais quant à la condition extrinsèque dont il s'agit ici, à cette publicité complémentaire qu'exige l'art. 61, il n'y a pas à distinguer. Toute convention qui proroge la société au delà du terme fixé constitue une modification qui ne vaut pas, vis-à-vis des tiers, par le seul consentement des associés. Il faut, en toute hypothèse, que la continuation de la société soit constatée par un acte ou par une délibération, et que cet acte ou cette délibération soit rendu public en la forme déterminée par les art. 55 et 56; sans quoi les tiers, s'ils y avaient intérêt, pourraient tenir la prorogation comme non avenue. Cela sera plus amplement expliqué dans la section suivante, où il est question, d'une manière générale, des conséquences du défaut de publicité.

1191. Notons seulement ici que la publication, même régulière, de la convention de prorogation pourrait n'être pas suffisante. Par exemple, si l'acte prétendu de prorogation avait pour résultat non la continuation d'une société arrivée au terme fixé pour sa durée, mais en réalité et en fait la formation d'une société nouvelle, on comprend qu'il ne saurait plus être question de la publicité complémentaire en vue de laquelle dispose l'art. 61. Tel serait le cas dans diverses hypothèses que nous avons indiquées plus haut en traitant de la prorogation (nos 1082 et suiv.). Alors, à vrai dire, une autre société se substitue à la société ancienne, qui a pris fin par la dissolution; c'est une société nouvelle qui se fonde. Par conséquent, elle est assujettie aux règles et aux conditions requises par la loi pour la constitution des sociétés, non-seulement aux conditions intrinsèques (voy. *loc. cit.*), mais aussi aux conditions extrinsèques. Et, dès lors, elle devra procéder à des publications nouvelles et complètes.

IV. — 1192. La troisième indication de l'art. 61 a donné lieu à des difficultés fort sérieuses. Elle s'applique aux actes et délibérations ayant pour objet la dissolution avant le terme fixé pour la durée de la société et le mode de liquidation. L'hypothèse de la loi est simple en elle-même. Une société, en s'établissant, a, par une stipulation formelle du pacte social, fixé elle-même le terme qu'elle assignait à sa durée. A l'événement de ce terme, la société est dissoute de plein droit. Mais si les associés n'attendent pas jusque-là, s'ils mettent fin à la société avant le terme fixé, ils doivent au public de l'informer d'un événement par lequel se trouve infirmée l'opinion qui, d'après la notoriété de l'acte de constitution, avait dû se former sur la durée de la société. C'est précisément cette obligation que sanctionne l'art. 61, en prescrivant, en ce cas, la publication tant de l'acte ou de la délibération ayant pour objet la dissolution de la société, que du mode de liquidation.

1193. Nous n'insisterons pas sur l'obligation faite aux associés de publier le mode de liquidation. Elle n'était pas imposée par le Code de commerce, dont l'art. 46, en exigeant aussi la publicité pour « tous actes portant dissolution de société avant le terme fixé pour sa durée par l'acte qui l'établit », ne parlait pas du mode de liquidation. Les

rédacteurs du Code de commerce n'y avaient pas songé, estimant peut-être que la liquidation étant habituellement, comme le partage, une suite de la dissolution, publier la dissolution c'était, du même coup, annoncer la liquidation. Quoi qu'il en soit, le législateur de 1867 a cru qu'il pouvait y avoir de l'utilité à s'expliquer. Et, de fait, il n'est pas sans intérêt pour les tiers de connaître sinon précisément *le mode de liquidation,* au moins le nom des personnes, associés ou étrangers, chargées de faire la liquidation. Il est certain, dit très-exactement M. Bédarride, qu'à défaut d'indication à ce sujet, le public pourrait et devrait croire que cette mission a été confiée à tous les associés, et bien certainement les opérations que les tiers feraient avec celui de ces associés qui prendrait faussement la qualité de liquidateur engagerait la société (1). On peut induire de là qu'il n'y aurait pas à tenir compte de la prescription de la loi en ce point si, comme il peut arriver exceptionnellement, le partage suivait immédiatement la dissolution de la société sans être précédé des opérations préliminaires qui constituent ce qu'on appelle une liquidation.

1194. La difficulté réelle porte sur l'obligation de publier la dissolution elle-même, et cette difficulté tient à la diversité des causes susceptibles d'entraîner la dissolution des sociétés et au laconisme du texte qui a prescrit la publication. Une société, comme nous l'expliquons dans notre commentaire des art. 1865 et suivants du Code civil (*suprà,* n°s 671 et suiv.), peut être dissoute par des causes nombreuses et diverses dans leur nature comme dans leurs effets, les unes opérant de plein droit, les autres procédant soit d'une manifestation de volonté de la part des associés, soit d'une décision judiciaire qui reconnaît l'existence d'un juste motif de mettre fin à la société.

Cela étant, la question première qui se posait déjà en présence de l'article 46 du Code de commerce, et qui subsiste la même devant l'article 61 de la loi de 1867, est de savoir si, lorsqu'une société constituée avec assignation d'un terme à sa durée se dissout avant l'événement du terme, l'obligation de publier la dissolution est absolue tellement qu'elle s'impose aux associés, quelle que soit la cause qui est venue mettre fin à la société. L'affirmative avait été soutenue d'abord par M. Pardessus dans les premières éditions de son *Cours de droit commercial.* Et elle paraît avoir été admise par M. Bravard, qui, dans son *Manuel,* disait d'une manière générale « qu'en droit commercial, les causes mêmes qui dissolvent la société de plein droit ne produisent cet effet à l'égard des tiers qu'autant qu'elles leur ont été dûment notifiées, par affiches et insertion dans les journaux, conformément au prescrit des art. 42 et 46 du Code de commerce. » (2) Depuis, ce dernier auteur, expliquant ou plutôt modifiant cette solution, a distingué entre les causes de dissolution annoncées d'avance dans l'extrait publié de l'acte de société ou dans l'acte lui-même, et les causes de dissolution non

(1) Voy. M. Bédarride (*Loi de 1867,* n° 619).
(2) Voy. M. Bravard (*Man. de droit comm.*, 6e édit., p. 117).

susceptibles d'être ainsi annoncées. Dans le premier cas, dit-il, il n'est pas besoin d'une publication spéciale nouvelle pour que la dissolution opère même à l'encontre des tiers; mais, au contraire, cette publication spéciale est nécessaire lorsque les causes de dissolution, comme la mort d'un associé, la faillite, etc., ne sont pas de nature à être indiquées d'une manière précise dans l'extrait publié de l'acte de société (1).

Nous estimons, quant à nous, qu'il faut aller au delà. Et c'est ce qu'a compris M. Pardessus, qui, sur l'autorité de la jurisprudence, a dit, dans ses dernières éditions : « L'obligation de publicité, à laquelle une peine grave est attachée, n'est relative qu'aux *actes* de dissolution; dans sa corrélation avec l'injonction de rendre publics les actes de société, elle ne doit s'entendre que des modifications contractuelles apportées à la constitution primitive, et ne pas comprendre les accidents indépendants de la volonté humaine, qui dissolvent la société, sans l'intervention d'une volonté expresse des associés. Les cas dans lesquels la formalité d'affiche est exigée sont donc ceux qu'amène une volonté libre de faire ou de ne pas faire... » (2) Et, en effet, cette solution rentre éminemment, aujourd'hui comme sous le Code de commerce, dans le texte comme dans l'esprit de la loi. *Dans le texte,* car, lorsqu'il parle de la dissolution, l'art. 61 de la loi de 1867 exige la publication des *actes et délibérations,* ce qui en exclut l'application aux cas où des faits viennent à l'improviste mettre fin à la société, même à l'insu et contre le gré des associés. *Dans l'esprit,* car l'art. 61 a eu pour but de prévenir et d'empêcher les fraudes que des associés pourraient pratiquer à l'égard des tiers par des changements clandestins aux statuts sociaux, et cela en exclut de même l'application aux cas où la dissolution procédant, non du concours volontaire de l'homme mais d'un événement de force majeure, nulle intention de fraude ne peut raisonnablement être prêtée aux associés.

Nous tenons donc, en thèse générale, que, dans la pensée de la loi, une publication spéciale n'est nécessaire et requise par l'art. 61 qu'autant que la dissolution est la suite d'un acte de volonté des parties. Et, sans insister davantage sur cette règle en elle-même, nous allons, empiétant dans une certaine mesure sur la matière de la dissolution qui fait l'objet du titre III de notre Traité, en suivre l'application dans ses rapports avec les causes par lesquelles peut être amenée la dissolution des sociétés.

V. — 1195. La société finit par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée (C. civ., art. 1865). La fixation d'un terme à la durée d'une société est un fait émanant de la libre volonté des parties. Il faut donc que les tiers soient avertis.

Cela étant, supposons que l'acte de société dans lequel un terme a

---

(1) Bravard (édit. Demangeat, *Des Soc. comm.*, p. 276 et suiv.).
(2) Voy. M. Pardessus (*Cours de droit comm.*, 6e édit., t. III, no 1088). *Comp.* MM. Delangle (no 580), Bédarride (*Soc.*, no 403), Rivière (no 387), Troplong (*Soc.*, nos 890 et 904), Alauzet (no 246).

été fixé n'ait pas été régulièrement publié, les tiers seront fondés à considérer la société comme subsistante tant que des publications spéciales ne seront pas venues leur apprendre qu'elle a pris fin par la dissolution. Ils n'ont connu l'existence de la société que par des faits, parce qu'ils l'ont vue fonctionner; ils ne savent rien de la convention des parties touchant le moment où elle doit finir. Donc, à défaut d'une publication spéciale de la dissolution à l'expiration du terme, les associés ne pourraient pas exciper de la convention en ce point à l'encontre des tiers, et la leur opposer.

Mais si l'acte de société a été publié dans les conditions et suivant le mode déterminés par la loi, il ne sera pas besoin, au contraire, qu'à l'échéance du terme, une nouvelle publication, une publication spéciale, vienne annoncer la dissolution au public. Cela résulte, a-t-on dit, de l'art. 64 du Code de commerce, lequel, en admettant en matière de société une prescription de cinq ans, fait courir cette prescription du jour où la société a été légalement dissoute, et tient la société pour légalement dissoute à l'époque fixée pour son extinction, lorsque cette époque a été indiquée dans l'extrait publié (1). L'induction est exacte et juste, sans doute; mais il y a mieux : la solution est consacrée, virtuellement mais nécessairement, par l'art. 61, qui, en exigeant la publication pour la dissolution *avant* le terme fixé, dit par là même que l'obligation de publier n'existe pas lorsque la société ne prend fin que par l'expiration du temps pour lequel elle avait été contractée. Et cela, d'ailleurs, se comprend à merveille. Pourquoi la dissolution devrait-elle être publiée en ce cas? En même temps qu'ils ont connu l'existence de la société, les tiers ont été mis à même de connaître l'époque où elle doit finir. Ils sont avertis; ils n'ont pas, dès lors, à être avertis de nouveau le jour où se réalise l'événement prévu et par avance annoncé.

1196. Il en serait de même si, au lieu de déterminer une époque précise, les associés avaient stipulé la cessation de la société par la réalisation d'un événement indiqué comme condition résolutoire. M. Pardessus est, sur ce point, d'un avis différent; il tient que le fait d'avoir annoncé l'éventualité dans l'extrait affiché de l'acte social ne dispenserait pas les associés de publier la dissolution quand elle vient à se réaliser (2). Mais cela se concilie mal, à notre avis, avec l'ensemble de la doctrine de l'auteur, d'après lequel, on l'a vu plus haut, l'obligation de publicité n'est relative qu'aux *actes* de dissolution, et ne comprend pas les accidents indépendants de la volonté humaine qui dissolvent la société sans l'intervention d'une volonté expresse des associés. Or, telle est bien la situation dans notre espèce. La dissolution qui a lieu par l'événement de la condition prévue se réalise en dehors de la volonté des associés; ils n'ont donc pas à en faire l'objet d'une publication spéciale si, à l'origine, ils ont obéi aux prescriptions de la loi par une publication régulière et complète de l'acte de société, c'est-à-dire en por-

(1) Voy. M. Bravard (*Soc. comm.*, p. 276).
(2) Voy. M. Pardessus (n° 1088, 6e édit., t. III, p. 251, *in fine*).

tant à la connaissance des tiers la condition en question avec les statuts sociaux. — Toutefois, il faut, bien entendu, réserver le cas où la condition serait purement potestative; ce serait alors, à vrai dire, le cas de renonciation auquel nous allons bientôt arriver (*infrà,* n° 1201).

1197. Il n'en serait pas autrement du cas de dissolution de la société par la consommation de l'affaire qui ferait l'objet de l'association. Ainsi, au lieu de prendre une époque précise pour terme de la société, les associés ont dit, dans l'acte et dans l'extrait publiés, que la société finirait quand finirait l'opération en vue de laquelle elle s'est établie. Les tiers sont suffisamment avertis par la publication de l'acte de société; il n'est pas besoin de publier la dissolution lorsque l'opération est finie.

1198. Mais que décider par rapport à la dissolution résultant de l'extinction ou de l'épuisement du fonds social? Nous trouvons sur ce point, dans la loi du 24 juillet 1867, une disposition écrite spécialement pour les sociétés anonymes : aux termes de l'art. 37, « en cas de perte des trois quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de provoquer la réunion de l'assemblée générale de tous les actionnaires, à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société. » Et puis, par une seconde disposition du même article, que nous allons voir reproduite et confirmée par notre art. 61 (*infrà,* n° 1218), il est dit : « La résolution de l'assemblée est, *dans tous les cas, rendue publique.* » Voilà donc un point acquis et réglé par la loi elle-même. Si une société anonyme perd son capital social dans la mesure des trois quarts, sa dissolution peut être prononcée à raison de ce fait; et, étant prononcée, elle doit être rendue publique.

Toutefois, reste la question générale, que ce texte spécial ne tranche pas, de savoir s'il est nécessaire de publier la dissolution lorsque la société finit par la perte totale du fonds social. M. Pardessus se prononce pour l'affirmative. Si les associés, dit-il, mettent fin à la société par ce motif, *dont ils sont seuls juges, puisqu'ils pourraient, dans le plus grand nombre des cas, rétablir ce fonds,* ils doivent en donner connaissance au public (1). La solution contraire nous semble préférable. N'y eût-il pas, dans ce cas, la notoriété résultant nécessairement du ralentissement des opérations sociales et finalement de leur cessation, il y a toujours cette circonstance que la société se dissout sans l'intervention d'une volonté expresse des associés; elle finit par un accident indépendant de la volonté humaine. Le cas est en dehors des prévisions de la loi, dont la disposition, selon l'expression de M. Pardessus lui-même, comprend seulement les cas qu'amène une volonté libre de faire ou de ne pas faire. Et vainement l'auteur dit qu'en définitive les associés seraient parfaitement libres de rétablir le fonds social. Ils le pourraient sans doute, mais par une convention nouvelle; ce serait, en réalité, une prorogation, laquelle, en effet, devrait être publiée (*suprà,* n° 1190). Mais c'est là seulement ce qui est facultatif et dépend de la

(1) Voy. M. Pardessus (*loc. cit.*).

volonté des parties. Quant à la dissolution, elle est opérée de plein droit par l'extinction ou l'épuisement du fonds social (C. civ., art. 1865); et comme la volonté des parties n'y est pour rien, il n'est pas nécessaire de la publier.

1199. De la dissolution survenant par la mort, par la faillite, ou par l'interdiction de quelqu'un des associés, nous n'avons plus rien à dire, la question ayant été discutée par avance à l'occasion des sociétés civiles. Nous avons établi que, pas plus que dans les cas précédents, il ne s'agit d'une dissolution *conventionnelle,* procédant du fait volontaire des associés; et, partant, qu'en ce cas encore la dissolution n'a pas besoin, pour être opposable aux tiers, d'être publiée dans les formes prescrites par les art. 55 et 56 (*suprà,* nº 704). Nous ne pouvons que nous référer à nos précédentes explications; et nous passons aux cas de dissolution par la volonté d'un ou de plusieurs associés ou par leur accord mutuel.

VI. — 1200. Comme nous l'avons expliqué déjà (*suprà,* nº 733), la dissolution qui a sa cause dans la volonté d'un seul ou de plusieurs associés de n'être plus en société peut être ou purement volontaire et toute facultative, ou accidentelle et motivée. Même en ce cas, la dissolution n'est pas toujours soumise aux formalités de la publication. Ainsi, pour la dissolution accidentelle et motivée (*ex justâ causâ*), c'est la dissolution judiciaire prévue par l'art. 1871 du Code civil. Elle est l'exécution pure et simple du jugement qui la prononce, qui tient de lui-même toute sa force et qui porte avec lui sa publicité. La dissolution n'a donc besoin ni d'être notifiée ni d'être publiée pour produire ses effets. C'est un point déjà établi plus haut (*suprà,* nº 754) et sur lequel nous n'avons pas à insister.

1201. Mais quand la dissolution est purement volontaire et toute facultative, c'est autre chose. Lorsque les associés sont d'accord entre eux pour rompre l'association qui les unissait, ou bien lorsque la dissolution s'opère, dans les termes de l'art. 1869, par une renonciation notifiée aux associés par celui ou par ceux qui veulent rompre la société, la nécessité d'une publication spéciale s'impose. C'est, en effet, à ces hypothèses que s'applique *in terminis* la disposition de notre article 61. Rappelons que, suivant les termes de cet article, « sont soumis aux formalités et aux pénalités prescrites par les art. 55 et 56 *tous actes et délibérations* ayant pour objet... la dissolution de la société avant le terme fixé pour sa durée. » Or, tel est bien le cas dans nos hypothèses. Dans la première, la dissolution convenue entre toutes les parties s'opère nécessairement par une délibération; dans la seconde, où elle résulte de la volonté de l'une des parties, elle s'opère par un acte, une renonciation notifiée à tous les associés. Dans l'une et dans l'autre, elle rompt la société avant l'expiration du terme. C'est exactement le cas déterminé par la loi.

1202. Ajoutons, cependant, qu'il y aurait lieu à publication spéciale de la dissolution, même si la société avait été constituée sans stipula-

tion d'un terme. Sans doute, par sa formule même, l'art. 61 de la loi de 1867, en cela conforme, du reste, à l'art. 46 du Code de commerce, se place dans le cas de dissolution de la société *avant le terme fixé pour sa durée par l'acte qui l'établit*. Mais il est généralement reconnu qu'il n'y a pas à tenir compte de ces expressions, « avant le terme fixé », qui, en précisant dans le texte une hypothèse particulière, ne sauraient être exclusives de la publicité dans d'autres hypothèses où la nécessité n'en est pas moins justifiée. S'il en était autrement, il faudrait dire, ce qui est absolument inadmissible, que les associés pourraient se dispenser d'annoncer au public la dissolution purement volontaire qui s'opère par la renonciation de l'une des parties, puisque, en droit et d'après l'art. 1869 du Code civil, cette cause de dissolution est exclusivement propre aux sociétés *dont la durée est illimitée*.

1203. De même, lorsque la loi soumet la dissolution à la publicité, elle suppose que les parties, en s'associant, ont satisfait à l'obligation qui leur était imposée de publier la constitution de la société. Mais ce n'est pas à dire que si elles ont négligé ce soin, elles soient par cela seul dispensées d'annoncer au public la fin de la société. Du moment que les associés ne peuvent pas, comme nous l'allons voir à la section suivante, opposer aux tiers le défaut d'accomplissement des formalités qu'ils auraient dû remplir lors de la constitution de la société, il faut nécessairement conclure que les tiers peuvent, s'ils le veulent, considérer comme régulière la société non publiée, et la tenir pour subsistante tant que la dissolution ne leur est pas annoncée. Le contraire a été jugé, en 1831, sous l'empire du Code de commerce, par le Tribunal de commerce de Lyon. Mais la décision a été infirmée en appel par la Cour de Lyon (1), dont l'arrêt a été vainement déféré à la Cour de cassation. On soutenait que les art. 42 et 46 du Code de commerce, écrits en vue de prévenir la fraude vis-à-vis des tiers, étaient inséparables dans leur application; que le législateur n'avait pu exiger la publication d'un acte de dissolution qu'en supposant que l'acte de constitution avait lui-même été publié; que, s'il en était autrement, l'affiche de la dissolution se trouverait sans objet, puisqu'elle instruirait le public de la cessation d'un état de choses qu'il n'a pas connu. La Cour de cassation ne s'est pas arrêtée à ces objections. « La relation de l'art. 46 à l'art. 42 ne suffit pas, a-t-elle dit, pour donner un sens restrictif à l'art. 46; en effet, de ce que l'art. 46 est applicable aux sociétés publiées en exécution de l'art. 42, il n'est pas permis de conclure que cet article ne doit pas aussi être appliqué aux sociétés non publiées; ce serait autoriser les associés, déjà coupables de l'inexécution de l'art. 42, à induire encore les tiers en erreur en n'exécutant pas l'art. 46. Ce dernier article imposant littéralement la publicité prescrite pour les sociétés par les art. 42, 43 et 44, à *tous actes* portant dissolution de société avant le terme fixé pour sa durée par l'acte qui l'établit, ses termes sont généraux et absolus, de même que les termes de l'art. 42; ils s'appli-

(1) Lyon, 14 mai 1832 (S.-V., 32, 2, 505).

quent à toute société, publiée ou non; ils ne permettent aucune restriction, aucune exception...» (1) Cela est également vrai sous l'empire de la loi de 1867, dont l'art. 61 n'est pas moins précis que l'art. 46 du Code de commerce, en exigeant l'accomplissement des formalités prescrites par les art. 55 et 56 pour *tous actes et délibérations* ayant pour objet la dissolution de la société avant le temps où elle devait prendre fin.

1204. La publication de l'acte ou de la délibération ayant un tel objet doit être faite dans un délai égal à celui qui est imparti par la loi pour publier la constitution même de la société, c'est-à-dire dans le délai d'un mois. Il n'en faut pas conclure, toutefois, que la publication serait sans effet si elle était faite après ce délai. Nous verrons à la section suivante que la publication de la société faite après le délai d'un mois serait néanmoins susceptible de produire son effet, au moins pour l'avenir et sans rétroactivité au jour où s'est accompli le fait qu'elle devait porter à la connaissance des tiers (*suprà*, nos 1228 et suiv.). Il en faut dire autant de la publication de l'acte de dissolution, les raisons de décider étant les mêmes. Il n'y a donc pas à s'arrêter à l'opinion de ceux qui refusent tout effet à la publication tardive de la dissolution. Mais, par contre, il est juste de dire que, même faite en temps utile, c'est-à-dire avant l'expiration du délai d'un mois, la publication pourrait n'être pas opposable aux tiers qui auraient traité avec la société depuis la dissolution. La Cour de Paris a jugé qu'alors même que la dissolution d'une société commerciale a été publiée dans le délai légal, cette publication n'a pas d'effet rétroactif, et, par suite, que les engagements pris par les associés sous la raison sociale entre la date de la dissolution et celle de la publication restent obligatoires pour la société (2). La solution est exacte en principe; il faut seulement, l'engagement pris par les tiers ne pouvant, dans l'hypothèse, être maintenu qu'à raison de leur bonne foi, réserver le cas où il serait certain qu'en fait la dissolution, rendue publique, en définitive, dans les conditions et dans le délai établis par la loi, a été connue de ces tiers avant le jour où elle est publiée (3).

VII. — 1205. Il nous reste à préciser les conséquences de la non publication, soit dans le cas de dissolution conventionnelle, soit dans le cas où la dissolution a lieu sans l'intervention de la volonté des parties.

Dans le premier cas, l'acte de dissolution devra, dans les rapports des associés entre eux, être considéré comme nul et non avenu, puisque l'art. 56, auquel renvoie l'art. 61, déclare que les formalités prescrites pour la publicité *seront observées, à peine de nullité, à l'égard des tiers.*

(1) Req., 9 juill. 1833 (S.-V., 33, 1, 538).

(2) L'arrêt de la Cour de Paris est du 28 décembre 1869. Nous ne l'avons pas trouvé dans les recueils de jurisprudence; mais il est signalé, avec ses motifs, dans la *Revue pratique* (t. XXIX, p. 381 et suiv.).

(3) *Comp.* Paris, 1er juin 1854 (Dall., 56, 2, 230; S.-V., 54, 2, 535; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 223). Dans l'espèce, la dissolution avait été publiée dans le délai légal; seulement, on relevait certaines irrégularités dans l'accomplissement des formalités.

M. Pardessus estime pourtant qu'il n'y a aucune raison de considérer la dissolution comme non avenue entre les associés, et que le fait par ceux-ci d'avoir cessé d'opérer en commun s'élèverait contre toute interprétation abusive qu'ils voudraient faire du texte littéral de la loi (1). Toutefois, le texte est trop précis pour qu'on puisse refuser aux associés, même lorsqu'ils ont consenti la dissolution, la faculté de n'en pas tenir compte si elle n'a pas été publiée. Il faut donc admettre que la réclamation faite par un associé en vertu de l'acte de dissolution pourrait et devrait être rejetée sur le fondement de la nullité résultant de ce que cet acte n'a pas été publié. Tout ce qu'on peut concéder, c'est que cette nullité serait susceptible d'être couverte par l'exécution. Et, en effet, on comprend que si, la dissolution étant convenue entre les associés, il y avait eu liquidation et partage, aucun d'eux ne pourrait plus être admis à exciper de la nullité. Ainsi a jugé la Cour de cassation (2), et en toute justice, car les associés qui de leur plein gré exécutent l'acte par eux consenti renoncent par cela même, les uns vis-à-vis des autres, à exciper des vices dont cet acte pourrait être affecté.

1206. Dans les rapports de la société avec les tiers, le défaut de publicité a pour effet que ces derniers peuvent à leur gré, et suivant qu'ils y ont intérêt, tenir la dissolution comme non avenue ou comme régulièrement opérée. Et, en effet, si, comme nous venons de le voir d'après le texte de l'art. 56, les formalités doivent être « observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés », d'après ce même texte, « le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés. » Ainsi, les tiers pourront soutenir, s'ils y sont intéressés, que la société a pris fin, bien que la dissolution n'ait pas été publiée, et, dans ce cas, ils auront à leur disposition tous les moyens de preuve, même la preuve testimoniale et les simples présomptions, pour prouver la dissolution (3). S'ils ont un intérêt contraire, ils pourront, excipant de la nullité, prétendre que, nonobstant la dissolution, la société reste persistante. — Nous n'avons pas à dire ici quels sont les tiers qui peuvent ainsi invoquer la nullité; le point est précisé à la section suivante. Il nous suffira, quant à présent, d'indiquer l'intérêt qu'il y a à s'en prévaloir soit pour les tiers qui ont traité avec la société avant la dissolution, soit pour ceux qui n'ont contracté qu'après avec elle. Les premiers, outre l'avantage de pouvoir agir contre la société, au lieu de diriger leur action contre les associés individuellement, éviteront la prescription de cinq ans, qui, d'après l'art. 64 du Code de commerce, se substitue à la prescription trentenaire à partir de la dissolution de la société. Quant aux seconds, ils obtiendront d'être traités comme des créanciers sociaux, et auront ainsi le bénéfice de l'action solidaire que cette qualité leur assure.

1207. Ajoutons, d'ailleurs, que les associés ne pourraient pas oppo-

(1) M. Pardessus (nº 1071).
(2) Req., 6 juin 1831 (S.-V., 31, 1, 246; Dall., 31, 1, 316).
(3) Req., 10 janv. 1831 (S.-V., 31, 1, 207).

ser à la prétention des tiers, excipant de la nullité, la connaissance qu'ils auraient eue, en fait, de la fin de la société (1). La loi a édicté les formalités spéciales par lesquelles l'acte de dissolution doit être porté à la connaissance du public. Les associés n'ont qu'un seul moyen de résister aux tiers qui contestent la dissolution ou en demandent la nullité : c'est de prouver que ces formalités ont été régulièrement accomplies. Si leur négligence à satisfaire à l'obligation qui leur était imposée les met dans l'impossibilité de faire cette preuve, ils ne peuvent échapper à la sanction établie par la loi, s'il convient aux tiers de l'invoquer, cette sanction étant posée par le législateur en termes généraux, abstraction faite du point de savoir si, en fait, les tiers ont connu ou s'ils ont ignoré l'existence de l'acte qui n'a pas reçu la publicité dans les formes légales. Quelque rigoureuse que soit la solution, les associés seraient mal venus à s'en plaindre. Ils sont en faute, et c'est en cela que l'espèce actuelle se distingue de celle que nous avions tout à l'heure en vue (*suprà*, n° 1204).

1208. Dans la seconde hypothèse, celle où la dissolution s'opère sans le concours de la volonté des parties et où, par suite, une publication spéciale n'est pas nécessaire, il importe moins de distinguer suivant qu'il s'agit des rapports des associés entre eux ou de leurs rapports avec les tiers. Entre les associés, la dissolution opère de plein droit, soit qu'ils connaissent, soit qu'ils ignorent l'événement par lequel elle a été amenée. C'est la règle. Il convient, néanmoins, d'y apporter une exception déjà précisée dans la première partie de ce traité (*suprà*, n° 703). Si, dans l'ignorance de la cause de la dissolution, par exemple la mort de l'un des associés, les survivants avaient continué de se comporter comme associés, ils pourraient agir, vis-à-vis de la société, comme si elle subsistait encore. Nous avons dit et nous répétons que, dans les rapports des associés entre eux, l'ignorance doit avoir l'effet qu'elle a, en matière de mandat, entre le mandant et le mandataire. Ajoutons ici que la raison de décider, dans l'hypothèse où la société est rompue par la mort de l'un des associés, n'a rien de particulier à cette hypothèse. Et cela nous permet de dire qu'il en doit être de même dans tous les cas où la dissolution a lieu par l'une quelconque des causes qu'il n'est pas nécessaire de rendre publiques d'après notre interprétation des termes de l'art. 61.

1209. Les rapports des tiers avec la société doivent être réglés de même. Ainsi, en thèse générale, la dissolution survenue sans le concours et la volonté des associés a lieu de plein droit, même vis-à-vis des tiers et abstraction faite de toute notification ou publication. C'est la décision formelle de l'arrêt de la Cour de cassation cité plus haut (n°s 704 et 1199). Toutefois, si la société, quoique dissoute, avait continué d'agir de manière à faire croire qu'elle est restée debout, et par

(1) Voy. cependant Dijon, 22 juill. 1835, mentionné dans les Recueils avec Req., 29 janv. 1838 (S.-V., 38, 1, 612; Dall., 38, 1, 94).

là à induire en erreur les tiers auxquels la dissolution n'a pas été révélée, il est évident qu'alors la dissolution ne pourrait pas être opposée à ces derniers par les associés. Ainsi a décidé encore la Cour de cassation par un autre arrêt (1) qu'on a vainement opposé au précédent. Nous avons montré, en traitant des sociétés civilès (*suprà*, n° 705), que les deux arrêts se concilient à merveille. Nous n'avons pas à revenir sur ce point.

Mais si, dans cette dernière hypothèse, les associés ne peuvent pas opposer la dissolution aux tiers, ils pourraient au moins mettre en question la bonne foi de ceux-ci et dire qu'en fait, ils ont connu parfaitement la dissolution de la société et n'ont pas pu être trompés. Seulement, on le comprend, il ne suffirait pas d'affirmer; il y aurait là un point à prouver, conformément aux règles du droit commun. Dès lors, la bonne foi des tiers serait présumée. Et ce serait aux associés à faire tomber la présomption en établissant que les tiers n'ont rien ignoré du fait et des causes qui ont mis fin à la société. C'est par là seulement et à la faveur de la preuve ainsi faite que la société serait en droit de prétendre n'être pas obligée et tenue à des engagements pris pendant que, nonobstant la dissolution, elle a continué de fonctionner. Par où l'on voit que, même dans les hypothèses où, suivant les termes de la loi, la publication de la dissolution n'est pas nécessaire, les associés auraient cependant un intérêt puissant à la publier.

VIII. — 1210. Après la continuation de la société au delà du terme fixé et la dissolution avant ce terme, l'art. 61 mentionne *les changements ou retraites d'associés* pour les soumettre aux formalités et aux pénalités prescrites par les art. 55 et 56. Quelle est la portée de cette disposition? Il est évident, tout d'abord, qu'elle ne saurait avoir pour objet les changements ou retraites d'actionnaires dans les sociétés de capitaux (sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions). Dans ces sociétés, en effet, les actions passent d'une main dans une autre sans que le crédit social en soit en aucune façon altéré. Les tiers n'ont donc pas le moindre intérêt à être informés des mutations qui s'opèrent. Et, par cela même, on ne comprendrait pas que la loi eût imposé aux associés l'obligation de les publier. Mais dans les sociétés de personnes, spécialement dans les sociétés en nom collectif, et même dans les commandites par intérêt, où, nous l'avons dit, l'élément personnel est encore prédominant, il en est tout autrement. Ce qui constitue et assure le crédit de ces sociétés, c'est surtout et avant tout le crédit personnel et la responsabilité des associés. Il importe donc, le cas échéant où le personnel de la société tel que l'a indiqué l'acte social viendrait à être modifié par la retraite ou le changement de quelques associés, que le fait soit immédiatement rendu public, afin que les tiers puissent aviser et voir s'il leur convient de traiter encore avec une société à laquelle ils ont pu ne faire confiance qu'en raison de la situation personnelle des associés qui se sont retirés. C'est dans cette pensée et avec cette limi-

(1) Rej., 26 juill. 1843 (S.-V., 43, 1, 881; Dall., 44, 1, 135).

tation que dispose l'art. 61 en ce qui concerne les changements ou retraites d'associés.

1211. Encore même y aurait-il lieu, à notre avis, d'admettre ici la distinction que nous faisions tout à l'heure à propos de la publication des actes ayant pour objet la dissolution avant le terme fixé pour la durée de la société. D'après cela, la publication ne serait pas nécessaire si la modification dans le personnel de la société se produisait sans le fait volontaire des associés. Ainsi en serait-il, par exemple, dans le cas où les héritiers d'un associé décédé viendraient, en vertu d'une clause des statuts, prendre la place de leur auteur dans la société (C. civ., art. 1868). Ainsi encore dans le cas où un associé disparaîtrait par suite d'interdiction ou de faillite. Cette solution est dans l'esprit de la loi, qui, nous l'avons établi, a eu pour but de prévenir les fraudes, et, en raison de cela, n'a soumis à la publicité que les faits dans lesquels la volonté des parties a sa part. Elle est conforme aussi à la lettre, en ce que le texte parle, non point, en général, de modifications dans le personnel, mais de *changement* ou de *retraite* d'associés, expressions qui, appliquées au remplacement d'un associé par ses héritiers, ou à la disparition d'un associé par suite d'interdiction ou de faillite, seraient tout à fait impropres. Concluons donc que le changement ou la retraite d'associés soumis par l'art. 61 aux formalités de la publicité s'entend de celui qui procède de la volonté des parties.

1212. Il faut d'ailleurs supposer que le fait se produit, pendant la durée de la société, sans en suspendre l'existence ou la détruire. Et, en effet, si la modification dans le personnel concourt avec la prorogation de la société sans y faire obstacle (*suprà,* nos 1079, 1081), il est de toute évidence que la publicité à donner au changement d'associés devra se confondre avec la publicité exigée, en toute hypothèse, pour la validité d'une prorogation (*suprà,* n° 1190). Et si la modification entraîne dissolution de la société et constitution d'une société nouvelle (*suprà,* nos 1087, 1089), il est non moins évident qu'il ne suffirait pas de publier, dans les termes de l'art. 61, le changement d'associés par l'effet duquel la modification a été opérée. Il y a alors, non pas une simple modification dans le personnel d'une société existante, mais constitution d'une société nouvelle. Et cette nouvelle société ne peut exister légalement que par l'entier accomplissement des conditions, tant extrinsèques qu'intrinsèques, auxquelles est subordonnée la constitution de toute société.

En résumé donc, un seul cas de modification du personnel peut être considéré comme rentrant dans les prévisions de l'art. 61 : c'est le cas où le changement se produit au cours de la société sans la faire disparaître ni même en suspendre l'existence. Alors il suffit, pour satisfaire à la prescription de la loi, de porter à la connaissance des tiers le changement ou la retraite d'associés.

1213. Cependant, la loi de 1867 elle-même fait une exception en faveur des sociétés dont elle s'occupe dans son titre III, c'est-à-dire des sociétés à capital variable. Ce sont là les sociétés dont les statuts,

suivant l'art. 48, stipulent « que le capital social sera susceptible d'augmentation par des versements successifs faits par les associés ou l'admission d'associés nouveaux, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués », et desquelles, d'après l'art. 52, « chaque associé peut se retirer lorsqu'il le juge convenable, à moins de conventions contraires. » Or, aux termes de l'art. 62, « ne sont pas assujettis aux formalités de dépôt et de publication les actes constatant les augmentations ou les diminutions du capital social opérées dans les termes de l'art. 48, ou les retraites d'associés, autres que les gérants ou administrateurs, qui auraient lieu conformément à l'art. 52. »

Ainsi, d'une part, dispense de publication pour les augmentations ou diminutions de capital s'opérant dans les termes de l'art. 48, c'est-à-dire par des versements ou des reprises faits par les associés, sans que l'augmentation du capital dépasse la somme à laquelle il a été primitivement fixé ou que la diminution le réduise au-dessous de la somme fixée comme minimum par les statuts. Nous verrons tout à l'heure qu'il en serait autrement, d'après la dernière disposition de notre art. 61, quant aux délibérations qui auraient pour objet d'augmenter le capital au-dessus de la somme à laquelle il peut être porté par les statuts constitutifs de la société (*infrà,* n° 1218).

D'une autre part, dispense de publication également en ce qui concerne la retraite des associés qui, usant de la faculté accordée à chacun d'eux par l'art. 52, jugeraient à propos de sortir de la société. Mais quelle est, en ce dernier point, la portée de l'exception? D'abord, elle ne profite pas à la société lorsque l'associé qui se retire a la qualité de gérant ou administrateur. La retraite, en ce cas, est assujettie aux formalités de dépôt et de publication : le texte réserve expressément le cas; il ne saurait y avoir de difficulté à cet égard.

1214. Il est également hors de doute que si la retraite qui a lieu conformément à l'art. 52 fait sortir de la société des associés qui ne sont investis ni de la gérance ni de l'administration, elle n'est pas assujettie aux formalités de dépôt et de publication. C'est là précisément l'exception faite par l'art. 62 à la disposition de l'art. 61, qui prescrit, en principe, de publier tout changement ou retraite d'associés.

Mais ce qui peut être mis en question, c'est de savoir si l'exception doit profiter aux sociétés à capital variable en toute hypothèse, c'est-à-dire quelle que soit la forme en laquelle elles se constituent. Qu'elles aient le bénéfice de l'exception, lorsqu'elles empruntent la forme de la société anonyme ou celle de la commandite par actions, cela n'est pas contestable. Faut-il aller plus loin et dire que la retraite d'associé n'est pas assujettie aux formalités de dépôt et de publication, même quand la société à capital variable est constituée en société purement personnelle, spécialement en nom collectif? La raison de douter vient de ce que, dans la société collective, chacun des associés est tenu personnellement et solidairement, en sorte que le crédit social est, à vrai dire, formé de l'ensemble des responsabilités individuelles, du crédit personnel de chacun des associés. Ce serait donc exposer les tiers à

de graves mécomptes que de leur laisser ignorer les modifications survenant dans la composition de ce personnel social qu'il leur importe au plus haut degré de connaître. Aussi avons-nous vu que, dans les sociétés autres que les sociétés à capital variable, la retraite de tout associé responsable doit nécessairement être publiée, d'après l'art. 61 (*suprà*, n° 1210).

Mais, il faut le reconnaître, l'art. 62 déroge à l'art. 61 en des termes bien généraux, et dont la portée a été, d'ailleurs, nettement accusée dans la discussion de la loi. « Le bénéfice de la loi, lit-on notamment dans l'exposé des motifs, n'aurait pas été entier, et même, il faut le dire, il eût été illusoire, si, à chaque modification du capital social, à chaque retraite d'associé, il eût fallu faire un dépôt au greffe, une affiche et une publication dans la forme prescrite par l'art. 42 du Code de commerce. La disposition finale de l'art. 58 (art. 62 actuel) dispense de l'accomplissement de cette formalité. » (1) Il y a mieux : des doutes ayant été élevés, au Corps législatif, sur la possibilité, pour les sociétés à capital variable, de se constituer *en sociétés personnelles* et de jouir cependant des avantages *de l'économie dans les frais de publicité*, il fut répondu que ces doutes n'étaient pas fondés et que, même ainsi constituées, les sociétés à capital variable auraient tous les avantages accordés par la loi (2). En présence de ces affirmations, qui n'ont pas été contredites, il faut admettre que lorsqu'elles empruntent la forme de la société en nom collectif, aussi bien que lorsqu'elles se constituent en sociétés anonymes ou en commandite, les sociétés à capital variable ne doivent pas aux tiers communication, par la voie du dépôt de l'acte et de la publication de l'extrait, du changement ou de la retraite d'associés, à moins que les associés qui se retirent ne soient investis des fonctions de gérant ou d'administrateur. Il serait mieux sans doute, même dans l'intérêt du crédit social, qu'il en fût autrement. Mais, encore une fois, l'expression de la loi est telle qu'il ne serait assurément pas possible d'imputer à tort, même à une société collective à capital variable, l'omission de rendre publiques les retraites d'associés, autres que les gérants ou administrateurs, qui auraient lieu conformément à l'art. 52.

IX. — 1215. Une dernière modification est mentionnée dans le paragraphe de l'art. 61 relatif aux sociétés commerciales en général : *c'est le changement à la raison sociale.* On peut dire que le cas était déjà virtuellement compris dans la disposition qui déclare soumis aux formalités prescrites par les art. 55 et 56 « tous actes et délibérations ayant pour objet *la modification des statuts.* »

Au surplus, la raison sociale, c'est-à-dire le nom de commerce de la société, le signe sous lequel apparaît la personne civile qui s'engage et avec laquelle s'engagent les tiers, est l'une des indications qui, d'après l'art. 57, doivent être fournies au public par l'extrait publié dans les journaux. Comment donc les modifications dont elles seraient l'objet

(1) *Comment. législ.* de M. Tripier (t. I, p. 67).
(2) *Ibid.* (t. II, p. 359 et 360).

pourraient-elles rester secrètes? Il importe évidemment qu'elles soient immédiatement rendues publiques, selon les formes déterminées par la loi, pour que les tiers et la société elle-même soient prémunis contre l'emploi de la signature sociale par des associés qui désormais n'auraient plus le droit de s'en servir.

1216. Par là se résout la question de savoir si la société doit rendre publique la désignation, faite au cours de son existence, d'associés auxquels elle donnerait la mission de gérer, d'administrer, de signer pour elle. Elle y est assurément tenue si la désignation a pour objet de substituer des gérants nouveaux à ceux que les statuts sociaux avaient nommés sans aucune limitation dans la durée de leurs fonctions. Ce serait là une « modification des statuts » dont, à ce titre, la publication est prescrite par la première disposition de notre art. 61. Ceci ne peut pas être mis en question.

1217. Le doute s'élève seulement dans le cas où les gérants statutaires ayant été nommés pour une période de temps limité, de nouveaux gérants leur sont substitués à l'expiration du terme fixé. Dans ce cas, on peut dire qu'il n'y a pas, à proprement parler, modification des statuts, puisque les premiers gérants sont restés en exercice jusqu'à l'expiration du terme que les statuts eux-mêmes avaient mis à la durée de leurs fonctions. Néanmoins, la publication est nécessaire. Il faut, et il importe au plus haut degré, que le public soit toujours à même de connaître les représentants de la société et de savoir quels sont ceux qui, seuls, ont qualité pour l'engager. La loi le veut ainsi; car si elle a exigé, précisément par la disposition dont nous nous occupons en ce moment, que tout changement à la raison de commerce, et par conséquent à la *signature sociale,* fût annoncé au public, elle a par cela même et à plus forte raison imposé l'obligation de rendre publics les noms de ceux qui, dépositaires de cette signature, ont seuls droit et qualité pour l'employer. Au surplus, à défaut de cette dernière disposition de l'art. 61, resterait toujours la première, qui, incontestablement, régirait la situation. Quoi qu'on en puisse dire, il y a certainement une modification aux statuts dans le fait de remplacer, par de nouveaux gérants ou administrateurs, les gérants statutaires, même à l'expiration du terme assigné aux pouvoirs de ces derniers. Nous l'avons dit plus haut, tout ce qui, en une façon quelconque, altère les clauses et conditions dont il doit être fait mention dans l'extrait à publier par les journaux, constitue une modification des statuts dans le sens de l'art. 61 (*suprà,* n° 1189). Or, précisément, d'après l'art. 57, l'extrait doit contenir « la désignation des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société. » Il est dès lors évident que lorsque, par une détermination ultérieure de la société, des administrateurs ou des gérants sont substitués à ceux que l'extrait avait désignés, la nécessité s'impose à la société de porter le fait à la connaissance du public. Ajoutons que cela est tellement dans le vœu de la loi que, même dans les sociétés à capital variable, où, d'après l'art. 62, la retraite d'associés n'est assujettie à aucune publicité, cet article, comme nous l'avons vu (*suprà,*

n° 1213), réserve le cas où les associés qui se retirent sont gérants ou administrateurs, indiquant par là qu'il n'y a pas d'hypothèse où la modification dans le personnel social soit affranchie de la règle commune de la publicité, du moment qu'elle a pour effet de faire passer l'administration d'une maison dans une autre.

X. — 1218. Enfin, par une dernière disposition relative aux sociétés par actions, l'art. 61 déclare également soumises aux dispositions des art. 55 et 56 les délibérations prises dans les cas prévus par les art. 19, 37, 46, 47 et 49 de la loi de 1867. De ces divers cas, deux sont indiqués déjà dans le présent paragraphe. C'est d'abord celui de l'art. 37, aux termes duquel, en cas de perte des trois quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de provoquer la réunion de l'assemblée générale de tous les actionnaires, à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société (*suprà*, n° 1198). En exigeant que la délibération de l'assemblée soit publiée dans les formes déterminées par les art. 55 et 56, notre art. 61 ne fait donc que reproduire la seconde disposition de ce même art. 37, d'après laquelle « la résolution de l'assemblée doit être, dans tous les cas, rendue publique. » Le second cas déjà indiqué est celui de l'art. 49, qui a trait aux sociétés à capital variable, et qui, après avoir fixé la somme au-dessus de laquelle le fonds social ne peut pas être porté par les statuts, ajoute que ce fonds pourra être augmenté par des délibérations de l'assemblée générale, prises d'année en année. Ce sont là *les* délibérations que l'art. 61 soumet à la publicité, parce que l'augmentation qu'elles autorisent constitue une modification aux statuts, à la différence de l'augmentation et de la diminution qui se produisent dans les termes de l'art. 48 (*suprà*, n° 1213).

1219. Quant aux trois autres cas auxquels se réfère l'art. 61 (art. 19, 46 et 47), ils sont tous relatifs à la transformation, sous les lois nouvelles, de sociétés antérieurement constituées. Nous avons vu, dans le chapitre précédent, en traitant des conditions *intrinsèques* auxquelles est subordonnée la constitution des sociétés commerciales, dans quels cas ces transformations sont possibles et dans quelle mesure leur sont applicables les dispositions de la loi nouvelle qui instituent ces conditions intrinsèques (*suprà*, n°s 1094 et suiv.). D'après l'art. 61, la condition *extrinsèque* de publicité dont il s'agit ici doit toujours être accomplie. Les délibérations qui décident la transformation ont pour effet la substitution d'une société nouvelle à l'ancienne société. Il est de toute évidence qu'un tel fait ne saurait être opposé aux tiers que si la société les a mis à même de le connaître par l'accomplissement des formalités de publicité.

SECTION III

DES CONSÉQUENCES DE L'INOBSERVATION DES RÈGLES RELATIVES A LA FORME ET A LA PUBLICATION DES ACTES DE SOCIÉTÉ.

SOMMAIRE.

I. 1220. Comme les conditions intrinsèques, les règles relatives à la publication et à la forme des actes de société, ou les conditions extrinsèques, sont établies

dans un intérêt d'ordre public : l'observation en est de même placée sous la sanction de nullité. — 1221. Il ne sera ici question que des causes de la nullité et de sa mesure. Renvoi quant aux effets de la nullité et au point de savoir à qui et par qui la nullité peut être opposée.

I. 1222. Des causes de nullité : elle est encourue pour omission totale ou même partielle des formalités dont l'ensemble seul peut constituer la publicité légale; — 1223. Et même pour omission de quelqu'un des détails dont chacune des formalités se compose. Applications : au cas d'infraction à l'art. 59 relatif à la publication dans les divers arrondissements où la société a une maison de commerce. — 1224. Suite : justification de l'insertion de l'extrait dans le journal. — 1225. Suite : infraction aux art. 57 et 58, en ce que l'extrait publié ne contiendrait pas toutes les indications requises par ces articles. — 1226. Ces indications sont-elles toutes nécessaires ? — 1227. Caractère spécial de la nullité dans cette hypothèse.

II. 1228. La publication doit être faite dans le délai d'un mois. *Quid* si les formalités ne sont accomplies qu'après l'expiration de ce délai ? — 1229. La société existe valablement, mais seulement du jour où les formalités ont été remplies. — 1230. Leur accomplissement tardif ne saurait, d'ailleurs, avoir jamais d'effet rétroactif.

I. — 1220. Il en est des règles relatives à la forme et à la publication des actes de société, c'est-à-dire des conditions extrinsèques requises pour la constitution des sociétés commerciales, comme des conditions intrinsèques dont il a été question dans le chapitre précédent : elles sont établies dans un intérêt d'ordre public. L'observation en devait donc être prescrite à peine de nullité, le législateur ne pouvant considérer comme valables des associations formées au mépris des règles dont il a entendu faire la garantie et la sauvegarde des tiers. Cette sanction de la nullité est, en effet, consacrée en termes exprès par l'article 56 de la loi de 1867 en ce qui concerne la condition de publicité. Mais nous avons montré plus haut, en appréciant le caractère de l'acte constitutif relativement aux sociétés commerciales, que la rédaction d'un écrit se lie à la publicité de l'acte de société d'une manière tellement étroite que la formalité de l'écrit est, virtuellement mais nécessairement, placée sous la sanction de nullité expressément appliquée par l'art. 56 à l'inobservation des formalités relatives à la publicité (*suprà*, n° 1110). Nous ne revenons pas sur ce point, qui, du reste, était entendu ainsi sous l'empire du Code de commerce, dont la disposition spéciale à cet égard (art. 42, § 4) est reproduite à peu près littéralement dans le dernier paragraphe de l'art. 56 de la loi de 1867.

1221. Aux termes de ce dernier paragraphe de l'art. 56, « les formalités prescrites par l'article précédent et par le présent article seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés. » C'est, par rapport aux conditions extrinsèques, la formule même des art. 7 et 41, qui, visant les conditions intrinsèques, déclarent également nulle et de nul effet, à l'égard des intéressés, toute société constituée contrairement aux prescriptions de la loi, avec cette mention (au moins dans l'art. 7) que cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés. Aussi est-il vrai de dire que le commentaire de l'art. 56, dans la disposition précitée, appartient, aussi bien que celui des art. 7 et 41, au chapitre suivant, dans lequel nous traitons d'une manière générale de la sanction des dispositions relatives à la constitu-

tion des sociétés. Seulement, un point se détache qui a trait au suje actuel : c'est ce qui touche aux causes et à la mesure de la nullité. I ne sera question ici que de ce point. Nous verrons dans le chapitre sui vant à qui et par qui peut être opposée la nullité attachée comme sanc tion à l'inaccomplissement des conditions soit extrinsèques, soit intrin sèques, et quels sont les effets de cette nullité.

II. — 1222. La loi elle-même précise les causes et les cas de nullité Elle fait résulter la publicité d'un ensemble de formalités décrites dan les art. 55 et 56. Et, par la disposition finale de ce dernier article, ell déclare que ces formalités seront observées *à peine de nullité*. Dès lors la nullité sera encourue non-seulement dans le cas où aucune de ces for malités n'aurait été observée, ce qui constituerait l'absence complèt de publicité, mais encore dans celui où l'une quelconque des formalités décrites aurait été omise. Ainsi, au point de vue de la publicité initiale dont il a été question plus haut (sect. précéd., §§ 1 et 2), la loi exige, par l'art. 55, le dépôt de l'acte constitutif et de certaines annexes aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce, et, par l'ar ticle 56, elle prescrit la publication d'un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales. Puis, au point de vue de la publicité complémentaire (*ibid.*, § 5), elle impose, par l'art. 61, l'obligation à toute société de publier, en cette même forme du dépôt aux greffes et de l'insertion dans les journaux, les actes et délibérations qui, au cours de son existence, peuvent la modifier dans ses statuts et dans son personnel. Si donc l'une ou l'autre des formalités requises avait été négligée, la nullité serait encourue tout comme si aucune de ces formalités n'avait été observée; car la publicité n'existe légalement que par l'entier accomplissement des mesures qui la constituent. Il y a seulement ceci à noter que la nullité pour omission totale ou partielle des formalités constitutives de la *publicité initiale* atteindrait la société même dans son existence, tandis qu'en ce qui concerne *la publicité complémentaire*, la nullité pour inobservations des formalités de dépôt et de publication laisserait subsister la société et n'affecterait que les délibérations ou les actes modificatifs, lesquels seraient à considérer comme non avenus.

1223. Et ce n'est pas tout que les formalités soient observées sans omission d'aucune; il faut, sous la même sanction de la nullité, qu'elles soient remplies dans tous leurs détails. Par exemple, la société qui a plusieurs maisons de commerce dans divers arrondissements doit, aux termes de l'art. 59, faire le dépôt et la publication prescrits par les art. 55 et 56 dans chacun des arrondissements où existent les maisons de commerce (*suprà*, nos 1139 et suiv.). La nullité serait donc encourue, la publicité fût-elle régulière et complète autant que possible au siége social, si les formalités d'où résulte la publicité n'étaient pas remplies dans tous et chacun des arrondissements où la société a une succursale. Il est vrai que l'art. 59 ne contient pas cette sanction de la nullité, laquelle n'est formulée que dans l'art. 56. Mais, on l'a fait justement remarquer, l'art. 59 est emprunté à l'art. 42 du Code de commerce, qui

ne laissait aucun doute sur le point en question, puisque la disposition qui prononçait la nullité était insérée dans l'art. 42 lui-même, à la suite de celle qui prescrivait la publication dans les divers arrondissements (1). Il est évident que l'art. 59 de la loi de 1867 est écrit dans la même pensée.

Ainsi encore, l'art. 55, qui ordonne le dépôt de l'acte constitutif aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce, complète la mesure, en ce qui concerne les sociétés par actions, en exigeant l'annexe à l'acte constitutif d'une expédition de l'acte notarié constatant la souscription du capital social et le versement du quart, plus d'une copie certifiée des délibérations approbatives des apports en nature et des avantages particuliers, et en outre, lorsque la société est anonyme, de la liste des souscripteurs dûment certifiée. La nullité serait donc encourue non-seulement si le dépôt de l'acte constitutif était fait dans un seul des greffes désignés et non dans les deux, ou s'il n'était pas fait dans chacun des arrondissements où la société aurait une maison de commerce, mais encore, par rapport aux sociétés par actions, si l'acte constitutif n'était pas accompagné, dans chacun des greffes où il doit être déposé, des pièces justificatives qui complètent la mesure, et même si les pièces annexées n'étaient pas en la forme requise, par exemple lorsque la société est anonyme, si la liste des souscripteurs n'était pas dûment certifiée.

Ainsi encore, l'art. 56 exige la publication, dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, d'un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées. La nullité serait donc encourue si l'extrait était publié sans les pièces annexées, non moins que si la publication n'était pas faite du tout ou si elle était faite dans un journal autre que l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales.

1224. D'après ce même art. 56, il est justifié de l'insertion « par un exemplaire du journal certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date. » La nullité serait-elle encourue aussi dans le cas où il ne serait pas justifié de la publication suivant le mode établi par la loi, c'est-à-dire « par un exemplaire du journal, certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date? » La question s'était posée sous le Code de commerce, et l'on argumentait, dans le sens de la négative, du silence de la loi du 31 mars 1833, laquelle, disait-on, proposée en vue du mode de publicité par la voie de la presse, ne prononçait pas la nullité (*suprà*, n° 1105). Mais l'argument était sans valeur. Le législateur de 1833, en prescrivant, comme formalités nouvelles, l'insertion d'un extrait dans un journal et un mode particulier de justifier de l'exécution de la mesure, ajoutait purement et simplement ces formalités à celles que l'article 42 du Code de commerce prescrivait déjà; et, comme il introduisait les dispositions nouvelles dans le texte de ce dernier article, il les plaçait par cela même sous la sanction de la nullité qui s'y trouvait

(1) M. Rivière (*Loi de 1867*, n° 378).

expressément formulée. Ainsi le déclarait la Cour de cassation : « L'article 42 du Code de commerce, tel qu'il a été modifié par la loi du 31 mars 1833, disait-elle, met au nombre des formalités dont il ordonne l'exécution à peine de nullité l'enregistrement, dans les trois mois, d'un exemplaire du journal dans lequel aura été inséré un extrait de l'acte de société, et en annulant, pour défaut de cet enregistrement, l'acte de société dont il s'agit, l'arrêt attaqué n'a fait que se conformer aux dispositions de cet article. » (1)

Il faut dire de même aujourd'hui, pour se conformer aux dispositions de l'art. 56 de la loi de 1867, que le fait de l'insertion devant être justifié par un exemplaire du journal certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date, le défaut d'enregistrement dans le délai emporterait nullité de l'acte de société. C'est qu'en effet, si la signature de l'imprimeur, la légalisation par le maire et l'enregistrement sont destinés à faire preuve de l'insertion et à en certifier la date (*suprà*, n° 1152), ils sont néanmoins exigés par la loi comme complément de cette insertion avec laquelle ils se confondent pour ne former qu'une seule et même formalité.

Néanmoins, cette interprétation rigoureuse comporte certains tempéraments dans l'exécution. Ainsi, la présentation d'un exemplaire du journal serait nécessaire, d'après le texte; mais il est admis qu'il peut être suppléé à la représentation du journal par la production d'un extrait du registre du receveur constatant l'enregistrement du numéro du journal dans lequel l'insertion a été faite (2). Il a été jugé également que l'exemplaire du journal contenant l'insertion est valablement signé par un employé de la raison de commerce de l'imprimerie, au nom de l'imprimeur, cet employé devant être présumé avoir reçu pouvoir à cet effet (3); et même que lorsqu'un journal contient l'annonce de plusieurs sociétés, il n'est pas nécessaire d'un enregistrement distinct et séparé pour chacune des insertions; il suffit que la société attaquée puisse représenter l'exemplaire du journal enregistré, quoique dans l'intérêt d'une autre annonce (4). Peut-être cette dernière décision, citée par M. Alauzet, et que nous ne retrouvons pas dans les recueils généraux, se concilie-t-elle difficilement avec la jurisprudence d'après laquelle l'enregistrement doit être considéré non pas seulement comme un moyen de preuve, mais encore et surtout comme une condition même de la publicité; car il est vrai de dire que, quant à elle, la société attaquée, dans l'espèce, n'avait pas satisfait à cette condition. On comprend, néanmoins, que les juges se soient refusés à aller jusqu'à cette conséquence extrême, puisqu'en définitive, comme l'exprime l'un des

---

(1) Req., 30 janv. 1839 (S.-V., 39, 1, 393; *J. Pal.*, 1839, t. I, p. 354). Voy. aussi Toulouse, 22 avr. 1837 (*J. Pal.*, 1837, t. II, p. 536); Bordeaux, 5 févr. 1841 (S.-V., 41, 2, 219); Agen, 10 mars 1858 (*J. Pal.*, 1859, p. 82). *Comp.* Douai, 27 nov. 1839 (S.-V., 40, 2, 206).

(2) Req., 18 mars 1846 (S.-V., 46, 1, 683; Dall., 46, 1, 241; *J. Pal.*, 1846, t. II, p. 311).

(3) Toulouse, 22 avr. 1837 (S.-V., 37, 2, 441).

(4) Toulouse, 14 déc. 1855, arrêt cité par M. Alauzet (n° 376).

motifs de la décision, reproduit par M. Alauzet, « l'enregistrement, soit qu'il provienne du fait d'un tiers, soit qu'il provienne de la partie intéressée, aura toujours pour effet d'imprimer un caractère de certitude et de vérité à toutes les annonces comprises dans l'exemplaire ainsi enregistré. » (1)

1225. Une autre question s'élève à propos de l'extrait : la nullité serait-elle encourue s'il ne contenait pas toutes les indications et mentions requises par la loi ? En d'autres termes : la nullité prononcée pour inobservation des formalités prescrites par les art. 55 et 56 doit-elle être appliquée à l'inobservation des art. 57 et 58 ? L'affirmative ne saurait, à notre avis, être contestée en principe. Il ne suffit pas que les actes de société soient publiés ; il faut que la publication en soit complète et régulière. Or, il est impossible de considérer comme régulière la publication d'un extrait qui ne contiendrait pas les mentions requises par la loi, puisque l'omission de l'une ou de plusieurs peut avoir pour résultat d'induire les tiers en erreur sur l'état ou la nature véritable de la société, et, par là même, de rendre absolument inefficaces les formalités de la publicité. L'omission serait donc une cause de nullité. Et peu importe que la sanction ne soit explicitement formulée que dans l'art. 56. Les art. 57 et 58 sont liés avec les précédents d'une manière si étroite et si intime, dans la pensée du législateur, qu'il n'est pas possible de les séparer. Il y a là un ensemble de dispositions connexes ; en sorte que la nullité formulée dans l'une d'elles est la sanction commune sous laquelle elles sont toutes placées. C'est ainsi que la sanction, non exprimée non plus dans l'art. 59, est étendue cependant à la mesure prescrite par cet article (*suprà*, n° 1223).

Au surplus, la Cour supérieure de Bruxelles a résolu la question par un arrêt dont les motifs, bien qu'ils visent les art. 42, 43 et 44 du Code de commerce, contiennent la très-exacte interprétation, au point de vue qui nous occupe, des art. 56, 57 et 58 de notre loi actuelle. « La connexité qui existe dans les art. 43 et 44 du Code de commerce avec l'art. 42 précédent, a dit la Cour, démontre à l'évidence que les formalités détaillées dans les deux premiers articles sont effectivement celles dont le dernier prescrit l'observation, ces articles ne contenant d'ailleurs que la désignation exigée par la loi pour former l'extrait des actes de société commerciale en nom collectif ou en commandite dont s'occupe l'art. 42, de telle façon qu'il faut considérer le contenu de ces articles comme ne formant qu'une seule disposition. Par suite, la peine de nullité prononcée par l'art. 42 ne peut pas être restreinte à cet article seul, mais s'étend à toutes les formalités dont il est fait mention dans les trois articles... » (2) Il faut dire de même, sous l'empire de la loi de 1867, que la nullité prononcée par l'art. 56 ne peut pas se res-

---

(1) *Comp.* l'arrêt des requêtes du 30 juill. 1868, cité *suprà* (n°s 1148 et 1152).

(2) Cour supér. de Bruxelles, 13 févr. 1830 (S.-V., Coll. nouv., t. IX, 2, 399 ; *J. Pal.*, à sa date ; Dall., *Rép.*, v° Société, n° 836). — Voy. aussi M. Rivière (*Loi de 1867*, n° 375).

treindre à cet article seul, et qu'elle doit être étendue aux formalités dont il est fait mention dans cet article et dans les deux articles suivants.

1226. D'après cela, la nullité serait encourue pour omission dans l'extrait de l'une quelconque des mentions exigées par les art. 57 et 58. Toutes sont nécessaires, dans la pensée du législateur, pour que les tiers puissent savoir au juste quelle est exactement la nature de la société et les garanties qu'elle offre au public. L'omission d'une seule pourrait avoir pour effet d'induire en erreur les tiers qui se mettraient en rapport avec la société; et, par cela même, elle constituerait une cause de nullité. La solution, dans sa généralité, peut paraître rigoureuse, car, il faut bien le reconnaître, il est telle ou telle mention qui, en certains cas, pourrait être omise sans inconvénient ni danger pour les tiers. Ainsi en est-il, par exemple, de l'indication du capital social, et de la désignation des associés autorisés à gérer, pour les sociétés collectives, puisque, dans les sociétés de l'espèce, tous les associés sont tenus indéfiniment, et que chacun d'eux, en principe, est autorisé à gérer et oblige tous les autres en contractant au nom de la société (*suprà*, nos 1157 et 1158). Quoi qu'il en soit, la loi ne faisant aucune réserve, il en résulte que la sanction s'étend à toutes les énonciations dont il est fait mention dans les art. 57 et 58. Si elles ne se rapportent pas toutes à un des caractères essentiels de la société, elles sont du moins indicatives de faits et de circonstances que les tiers ont intérêt à connaître et dont il importe qu'ils puissent s'assurer à la simple lecture de l'extrait publié.

1227. Et maintenant, quels seront les effets de la nullité résultant d'une omission ou d'une lacune dans cet extrait? C'est un point que nous aurons à développer dans le chapitre suivant, quand nous traiterons d'une manière générale des effets de la nullité ayant pour cause l'inaccomplissement des conditions constitutives. Indiquons seulement ici que la nullité encourue pour omission dans l'extrait étant inopposable par les associés aux tiers, ces derniers seront en droit, s'ils y ont intérêt, de tenir la société pour valable, nonobstant le vice dont la publicité est affectée. Et, dans ce cas, les associés ne pourraient pas exciper contre eux des clauses de l'acte de société qui, dérogatoires aux règles communes de l'association, n'auraient pas été mentionnées dans l'extrait publié. Par exemple, s'il avait été convenu que les engagements ne seraient valables qu'à la condition d'être pris collectivement par tous les associés, ceux-ci ne pourraient pas, à défaut d'une mention spéciale de la clause dans l'extrait, prétendre que l'engagement souscrit par l'un d'eux n'a pas été pris valablement. Nous nous bornons à cette simple indication, et, sans toucher au point de savoir s'il en serait de même dans les rapports des créanciers personnels des associés avec les créanciers sociaux, ou, au contraire, si les premiers seraient toujours en droit de se prévaloir de la nullité à l'encontre des créanciers sociaux, toutes questions dont l'examen et la discussion trouvent leur place dans

le chapitre suivant (*infrà*, nos 1269 et suiv.), nous arrivons aux conséquences de l'inobservation du délai dans lequel doivent être remplies les formalités de la publication.

III. — 1228. Il ne suffit pas de remplir les formalités constitutives de la publicité; il faut que ces formalités soient accomplies dans le délai imparti par la loi. Dès lors, lorsqu'un mois s'est écoulé depuis la constitution de la société sans qu'il ait été satisfait aux presciptions des art. 55 et 56 touchant le dépôt aux greffes du Tribunal de commerce et de la justice de paix et la publication par la voie de la presse, la société manque de l'une des conditions essentielles à son existence; et tous les intéressés, par conséquent les associés eux-mêmes aussi bien que les tiers, en peuvent provoquer la nullité.

Est-ce à dire, pourtant, que, le délai une fois expiré, la société ne puisse plus être publiée, et que, si complète qu'elle soit, la publication faite ultérieurement doive rester absolument sans effet? En aucune façon. Le législateur, en subordonnant l'existence légale des sociétés commerciales à cette condition de la publicité, a senti la nécessité de fixer un délai, puisqu'il n'est pas matériellement possible qu'à l'instant même où elle se constitue une société puisse effectuer le dépôt et la publication d'où la loi fait dépendre la publicité. Si ces formalités sont remplies dans le délai, la société est en règle, et désormais elle existe valablement, tant vis-à-vis des tiers qu'à l'égard des associés, non pas seulement du jour où elle s'est révélée au public, mais, par un effet rétroactif, à partir du moment même où est intervenu l'accord qui lui a donné naissance (1). Au contraire, si la publicité n'a pas été effectuée dans le délai, la société est en faute, la nullité est encourue, et si elle est demandée soit par les tiers, soit même par un associé, elle devra être prononcée sans que rien y puisse faire obstacle (2). Mais si, même après l'expiration du délai, la publication est faite dans toutes les conditions voulues par la loi, avant qu'il ait été formé aucune demande en nullité, cette publication est efficace et donne à la société une existence complète et légale, sinon pour le passé, au moins pour l'avenir. Désormais, ni les tiers ni les associés n'en pourront plus demander la nullité, puisqu'elle satisfait désormais aux exigences de la loi, et qu'avertis par la publicité de toutes les conditions d'existence de la société, les tiers n'ont plus à redouter ni déceptions ni surprises (3). Telle est l'économie de la loi.

1229. En ce dernier point, cependant, la Cour de Lyon a jugé le contraire, sous le Code de commerce, dans une espèce où une société en nom collectif avait été publiée, non point dans le délai de quinzaine

(1) La loi belge du 18 mai 1873 n'admet pas cet effet rétroactif. Elle déclare, au contraire, par la dernière disposition de l'art. 10, dont nous avons fait connaître l'économie (*suprà*, n° 1146, en note), que « la publication n'aura d'effet que le cinquième jour après la date de l'insertion au *Moniteur*. »

(2) Voy. Paris, 26 janv. 1855 (*J. Pal.*, 1855, t. I, p. 12; Dall., 55, 2, 196).

(3) Voy. Grenoble, 21 juill. 1823 (*J. Pal.*, à sa date; Dall., *Rép.*, v° Société, n° 817, à la note). *Comp.* Req., 6 juin 1831 (S.-V., 31, 1, 246); Req., 16 mai 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 637; S.-V., 60, 1, 889; Dall., 60, 1, 338).

imparti alors par l'art. 42 du Code, mais plus de deux mois après sa constitution, sans que d'ailleurs aucune demande en nullité eût été encore formée. « La peine de nullité prononcée par l'art. 42, a dit la Cour, se rapporte non pas seulement à l'omission des formalités qui doivent constituer la publication des actes de société, mais encore au délai fixe de quinzaine prescrit pour leur accomplissement, en sorte que si elles ne sont remplies qu'après qu'il est expiré, la nullité se trouve encourue comme si aucune publication n'avait eu lieu. » Puis, la Cour, insistant, ajoute qu'il s'agit ici d'une nullité d'ordre public laquelle ne saurait être assimilée « aux nullités ordinaires qui, se référant uniquement à l'intérêt individuel des contractants ou des parties en cause, doivent être réputées couvertes, s'il y a eu, de la part des intéressés, renonciation expresse ou tacite au droit d'en exciper; mais que la peine de nullité édictée par l'art. 42 étant d'ordre public, étant prononcée par la loi dans l'intérêt général des tiers, elle doit se trouver encourue définitivement par les associés dès qu'a expiré le délai durant lequel ils devaient faire publier leur acte de société, acte qui, devenu dès ce moment nul à leur égard faute de publication, ne peut plus cesser de l'être... » (1)

Mais une telle interprétation, que nous retrouvons dans un arrêt d'ailleurs peu motivé de la Cour de Paris (2), va certainement au delà de la pensée du législateur. Sans doute, on doit admettre avec ces décisions que la nullité prononcée par l'art. 42 du Code de commerce, et plus tard par l'art. 56 de la loi du 24 juillet 1867, est absolue et tient à l'ordre public. Toutefois, il ne faut pas se méprendre sur l'économie de la loi et sur l'objet même de la sanction qu'elle a établie. Ce qu'elle a voulu assurer particulièrement, c'est l'accomplissement des formalités requises en vue de la publicité. « *Les formalités* prescrites par l'article précédent et par le présent article, dit-elle par la dernière disposition de l'art. 56, *seront observées à peine de nullité.* » Et, par son expression même, elle montre que ce qu'elle veut atteindre, par cette sanction de la nullité, c'est *le défaut de publication* et non pas le simple retard dans la publication. Interpréter le texte comme s'il y était dit que le *délai* même, tout comme les formalités prescrites, serait observé à peine de nullité, ce serait donc se montrer plus sévère que la loi, et cela sans motif, sans raison et sans intérêt. Car enfin, bien que la publication soit tardive, elle n'en donne pas moins aux tiers, si elle est complète et conforme aux prescriptions de la loi, le moyen de connaître la société, d'en apprécier la nature et le caractère, de voir dans quelle mesure ils peuvent lui faire confiance. Et alors, à quelle nécessité répondrait la faculté laissée ouverte de provoquer la nullité? Évidemment, le sens intime doit conduire à reconnaître que du jour où, quoique tardivement, la société, devançant toute action en nullité, devient publique par l'accomplissement des formalités requises, elle acquiert une

(1) Lyon, 4 juill. 1827 (S.-V., Coll. nouv., 8, 2, 385; *J. Pal.*, à sa date; Dall., *Rép.*, v° Société, n° 818, en note). Voy. aussi M. Fremery (p. 51).
(2) Paris, 11 juill. 1857 (S.-V., 58, 2, 40; *J. Pal.*, 1857, p. 1142).

existence légale et se met, pour l'avenir, à l'abri de l'action à laquelle l'avait exposée l'inaccomplissement de ces formalités (1).

1230. Notons bien, toutefois, que c'est de ce jour même et pour l'avenir seulement. Car on ne saurait, dans cette hypothèse, considérer la société comme existant valablement du jour où elle a été contractée. C'est là un effet rétroactif qui ne saurait se produire au profit de la société qu'autant que la publicité ayant été effectuée avant l'expiration du délai d'un mois, la société n'a pu, à aucun moment depuis sa naissance, être réputée clandestine (*suprà,* n° 1228). Aussi ne saurions-nous admettre la doctrine de M. Alauzet, d'après lequel « l'accomplissement tardif, mais à cela près régulier, assurerait à la société une existence complétement légale, *non-seulement pour l'avenir, mais encore pour tous les actes accomplis depuis la date de la société...* » (2). Sans doute, les associés eux-mêmes n'auraient aucun moyen de se défendre contre les tiers réclamant l'exécution d'engagements pris à leur égard par la société avant sa publication, puisqu'il ne leur appartient pas d'opposer aux tiers le défaut d'aucune des formalités (art. 56). Mais les tiers, de leur côté, ont d'autres droits. Ils seraient, quant à eux, fondés à dire que cette publicité tardive qui a été donnée à la société n'a pu remplir, par rapport aux actes faits auparavant avec la société ou avec les associés, le but auquel, dans la pensée de la loi, doit tendre la publicité, et, par suite, qu'elle n'a pas pu, *ex post facto,* leur enlever le droit qui leur était acquis d'invoquer la nullité. On peut voir à l'appui un arrêt de la Cour de Paris, qui, après avoir posé en thèse que la publication des actes de société peut être valablement faite postérieurement au délai fixé par la loi, ajoute que seulement la société n'a, en pareil cas, d'effet entre les associés et à l'égard des tiers que du jour de sa publication, et se trouve ainsi privée du bénéfice de validité rétroactive que la loi attribue aux opérations antérieures lorsque la publication a eu lieu dans le délai prescrit (3).

CHAPITRE TROISIÈME

SANCTIONS DES DISPOSITIONS RELATIVES A LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS.

SOMMAIRE.

I. 1231. La loi tend à assurer l'observation de toutes les conditions constitutives soit de forme, soit de fond, par des sanctions civiles et aussi par des sanctions pénales. Division.

1231. Les dispositions de la loi relatives à la constitution des sociétés commerciales, et dont l'examen a fait l'objet des deux chapitres qui précèdent, sont autre chose que de simples conseils. Elles contiennent

(1) Voy., en ce sens, MM. Pardessus (n° 1008), Malepeyre et Jourdain (p. 115), Delangle (n° 537), Molinier (n° 276), Alauzet (n° 374), Bédarride (*Soc. comm.,* n° 361).

(2) Voy. M. Alauzet (*loc. cit.*).

(3) Paris, 27 janv. 1855 (*J. Pal.,* 1855, t. I, p. 13; Dall., 55, 2, 196).

des prescriptions dont le législateur a voulu assurer l'observation par des sanctions rigoureuses. En effet, d'une part, l'art. 56 de la loi du 24 juillet 1867, nous venons de le voir dans le chapitre précédent (nos 1220 et suiv.), édicte la nullité de la société pour inobservation de celles de ces prescriptions qui touchent à la forme et à la publication des actes de société, c'est-à-dire aux conditions constitutives *extrinsèques*. D'une autre part, les art. 7 et 41 déclarent également nulles et de nul effet, à l'égard des intéressés, les sociétés par actions formées contrairement aux prescriptions qui constituent les conditions *intrinsèques;* et, de plus, les art. 8 et 42 ajoutent que la nullité prononcée pour cette cause entraîne ou peut entraîner certaines responsabilités civiles. Ce n'est pas tout : indépendamment de ces sanctions purement civiles, des peines proprement dites, l'amende et même l'emprisonnement, sont édictées par les art. 13, 14, 16 et 45, contre certaines infractions déterminées. L'étude de ces diverses dispositions de la loi fait l'objet du présent chapitre, qui, ainsi, est naturellement divisé en deux sections relatives, l'une aux sanctions civiles, l'autre aux sanctions pénales.

SECTION PREMIÈRE

DES SANCTIONS CIVILES.

1232. Nous diviserons cette section en deux paragraphes, dans lesquels nous nous occuperons successivement : 1° de la nullité de la société résultant de l'inaccomplissement des conditions constitutives; 2° de la responsabilité civile, qui est ou peut être la conséquence de la nullité prononcée pour cette cause.

§ Ier. — DE LA NULLITÉ DE LA SOCIÉTÉ POUR INACCOMPLISSEMENT DES CONDITIONS CONSTITUTIVES.

SOMMAIRE.

I. 1233. La nullité de la société est la sanction principale des prescriptions relatives à sa constitution. Économie de la loi et division.

II. 1234. Causes de nullité : elle est encourue pour une infraction quelconque aux dispositions qui fixent les conditions constitutives de la société. — 1235. Suite : toutes les formalités ou les mesures prescrites sont-elles à considérer comme réellement constitutives?

III. 1236. Caractères de la nullité : elle est absolue et d'ordre public. — 1237. Néanmoins, elle n'existe pas de plein droit; elle doit être demandée en justice. — 1238. Devant quels tribunaux? — 1239. La prescription est-elle opposable à la demande? — 1240. La dissolution de la société ne ferait pas obstacle à la demande en nullité, — 1241. A moins que la dissolution ne rendît la nullité sans intérêt. — 1242. La nullité prononcée est indivisible et profite à tous les intéressés.

IV. 1243. A qui et par qui la nullité peut être opposée. Elle n'est pas opposable aux tiers par les associés, — 1244. Et cela dans les sociétés anonymes aussi bien que dans les commandites par actions, quoique la formule de l'art. 7 à cet égard ne soit pas reproduite dans l'art. 41. — 1245. Conséquences. — 1246. Mais la nullité peut être opposée ou demandée par tous les intéressés : ce qu'il faut entendre par le mot *intéressés*. — 1247. Suite : sont intéressés, dans le sens des art. 7 et 41, les actionnaires, les associés, le gérant lui-même. — 1248, 1249. *Quid* des débiteurs et des créanciers sociaux? — 1250, 1251. Et des créanciers personnels des associés? — 1252. Et du syndic de la faillite de la société? — 1253. Résumé.

V. 1254. Effets de la nullité. Division.

VI. 1255. 1° Dans les rapports des associés avec les créanciers sociaux, ces derniers peuvent, à leur choix, considérer la société comme valable ou en faire prononcer la nullité, mais non exciper de la nullité pour faire déclarer les commanditaires associés en nom collectif. — 1256. Lorsqu'ils optent pour la validité, ils peuvent agir contre la société comme si elle était régulièrement constituée, spécialement la faire déclarer en faillite. — 1257. Du cas où ils optent pour la nullité. — 1258. Si la nullité était prononcée à la requête d'un associé, elle serait, pour les créanciers sociaux, l'équivalent de la dissolution. — 1259. Conséquences. — 1260. Cas où l'annulation aurait pour cause l'absence d'indication d'une clause du pacte social dans l'extrait publié.

VII. 1261. 2° Dans les rapports des associés avec leurs créanciers personnels, les effets de la nullité varient suivant que ces derniers demandent la nullité *proprio nomine* ou par l'action oblique de l'art. 1166 du Code civil. Transition.

VIII. 1262. 3° Effets de la nullité dans les rapports des associés entre eux. La convention reste non avenue, et l'on agit en conséquence si la société n'a pas fonctionné. — 1263, 1264. Si la société a fonctionné, la nullité n'a lieu que pour l'avenir : le passé doit être liquidé en prenant les conventions sociales pour base, soit que la nullité procède de l'inobservation des conditions extrinsèques, soit qu'elle résulte de l'inaccomplissement des conditions intrinsèques. Controverse. — 1265. Conséquences. — 1266, 1267. Chaque associé peut-il reprendre son apport? Distinctions. — 1268. En aucun cas, il n'y a à tenir compte des stipulations dont l'objet serait de paralyser le droit, pour les associés, de demander la nullité de la société.

IX. 1269, 1270. 4° Rapports des tiers entre eux et avec les associés. — 1271. Les créanciers personnels peuvent opposer aux créanciers sociaux les conséquences de la nullité de la société. Conséquences : — 1272. Il en résulte qu'ils doivent être admis à concourir sur l'actif social; — 1273, 1274. Mais les créanciers sociaux perdent-ils le bénéfice de la solidarité qu'ils auraient vis-à-vis des associés, spécialement dans une société collective régulièrement établie? Distinctions; — 1275. Autres conséquences spéciales au cas où la société annulée est en état de cessation de payements. — 1276. Du recours qu'à la suite des actions intentées par les créanciers sociaux, les associés pourraient exercer les uns contre les autres. — 1277. Du cas de conflit des créanciers sociaux entre eux.

I. — 1233. La nullité de la société est la sanction première et principale des prescriptions de la loi relatives à sa constitution. Il en était ainsi sous la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions, dont l'art. 6 tenait comme nulle et de nul effet, à l'égard des intéressés, toute société de l'espèce constituée contrairement à l'une des prescriptions énoncées dans les articles précédents, sans que, d'ailleurs, la nullité pût être opposée aux tiers par les associés. Il en était de même aussi, d'après la loi du 23 mai 1863, dont l'art. 24 contenait une disposition semblable pour les sociétés anonymes que cette loi établissait sous la qualification de *sociétés à responsabilité limitée*. En se substituant à ces lois, celle du 24 juillet 1867 en a reproduit la pensée à cet égard dans des articles qui, rédigés en vue des prescriptions relatives soit aux conditions intrinsèques requises pour la constitution des sociétés par actions (art. 7 et 41), soit aux conditions extrinsèques imposées à toutes les sociétés revêtues de personnalité juridique (art. 56, § 3), maintiennent, en effet, au premier rang la nullité de la société comme sanction de leurs dispositions.

Voici donc l'économie de la loi : toute société constituée contrairement aux prescriptions, ou même à l'une des prescriptions légales touchant les conditions de forme ou de fond requises pour sa constitution, est, en principe, frappée d'une nullité qui peut être invoquée *par*

tous les intéressés. Néanmoins, *les tiers*, compris parmi les intéressés à qui il appartient d'invoquer la nullité, ont le droit de n'en pas tenir compte s'il leur convient mieux de considérer la société comme valable. Et, dans ce cas, la nullité ne peut pas leur être opposée *par les associés*.

Si simple qu'elle soit en apparence, cette donnée de la loi a présenté, dans l'application, de sérieuses difficultés. Quels sont les cas ou les causes de nullité? Quel est le caractère de cette sanction? La nullité existe-t-elle de plein droit? A qui et par qui peut-elle être opposée? Quels en sont les effets eu égard aux intérêts divers que la société a pu mettre en présence? Ce sont les points principaux auxquels peuvent être ramenées les difficultés de la matière. Nous allons les reprendre successivement.

II. — 1234. Les cas de nullité sont indiqués par la loi elle-même dans les art. 7, 41 et 56, § 3. La dernière de ces dispositions, dont l'objet est d'assurer l'observation des règles relatives à la forme et à la publication des actes de société, fait de l'omission totale ou partielle des formalités extrinsèques une cause de nullité de la société. Nous avons précisé, dans le chapitre précédent, les cas dans lesquels cette sanction est encourue (*suprà*, nos 1119 et suiv., 1222 et suiv.). Nous n'avons pas à y revenir, et nous passons aux deux autres dispositions qui ont trait aux conditions de fond, à l'accomplissement desquelles est subordonnée la validité et l'existence même des sociétés par actions.

Aux termes de l'art. 7, toute société *en commandite par actions* constituée contrairement aux prescriptions des art. 1, 2, 3, 4 et 5, est nulle et de nul effet; et, d'après l'art. 41, est également nulle et de nul effet toute *société anonyme* pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des art. 22, 23, 24 et 25. Toute infraction aux prescriptions de ces divers articles constitue donc une cause de nullité.

Ainsi, que la société soit anonyme ou en commandite par actions, elle sera nulle :

1° Si elle émet des actions ou des coupons d'actions dont la valeur ne serait pas dans le rapport voulu avec le capital de constitution (articles 1 et 24 *suprà*, nos 856 et suiv.);

2° Si elle a été constituée avant la souscription du capital et le versement du quart, dûment affirmés et constatés par la déclaration notariée du gérant ou des administrateurs (art. 1 et 24 *suprà*, nos 871 et suiv., 1126 et suiv.);

3° Si les actions ou coupons d'actions, nominatifs en principe et non négociables avant le versement du quart, étaient convertis en titres au porteur sans qu'il eût été satisfait aux conditions spécialement déterminées (art. 2 et 24 *suprà*, nos 878 et suiv.);

4° Si les apports autres qu'en numéraire et les avantages particuliers n'avaient pas été vérifiés et approuvés par l'assemblée générale des actionnaires suivant le mode et la forme fixés par la loi (art. 4 et 24 *suprà*, nos 953 et suiv.);

5° S'il n'avait pas été nommé, par l'assemblée générale, immédiate-

ment après la constitution de la société, un conseil de surveillance pour les sociétés en commandite par actions, et, pour les sociétés anonymes, les premiers administrateurs et les commissaires pour la première année (art. 5 et 25 *suprà*, n°s 1025 et suiv., 1061 et suiv.);

6° Et, en outre, en ce qui concerne la société anonyme, s'il n'a pas été nommé au moins un administrateur pris parmi les actionnaires et si elle s'est constituée avec un nombre d'associés inférieur à sept (art. 22 et 23 *suprà*, n°s 1058 et suiv.).

1235. Mais il ne faudrait pas croire que tout, dans les dispositions visées par les art. 7, 41 et 56, soit réellement constitutif, en ce sens que l'omission ou l'inobservation produise une cause de nullité de la société. Il y a des limitations nécessaires; nous avons eu l'occasion déjà d'en signaler plusieurs. Ainsi, la loi exige que les formalités d'où elle fait résulter la publicité soient accomplies dans le délai d'un mois à partir de la constitution de la société. Nous avons vu cependant que, même après l'expiration du délai, la publication serait utilement faite, pourvu qu'elle n'eût pas été devancée par une demande en nullité de la société (*suprà*, n° 1229). — De même, les actions ou coupons d'actions, d'après l'art. 2, ne sont négociables qu'après le versement du quart du capital social. Il est certain, cependant, que le fait par un ou plusieurs souscripteurs d'avoir négocié leurs actions avant qu'elles fussent négociables, c'est-à-dire avant que toutes les actions de la société fussent libérées du quart, ne saurait constituer une cause de nullité (*suprà*, n° 906). — Ainsi encore, d'après l'art. 3 de la loi de 1867, les souscripteurs primitifs et les cessionnaires auxquels ils ont cédé leurs actions avant le versement de moitié restent tenus au payement du montant de leurs actions, pendant un délai de deux ans à partir de la délibération de l'assemblee générale qui a autorisé la conversion des actions en titres au porteur. Pourtant, s'il était stipulé que le souscripteur qui cédera son action après le versement de moitié sera libéré du jour de la cession, et non pas seulement deux ans après la délibération de l'assemblée, la stipulation devrait être considérée comme vaine ou non écrite, et non comme constitutive d'une cause de nullité de la société (*suprà*, n° 942). (1) — De même, le premier conseil de surveillance qui, immédiatement après leur constitution, doit être donné aux sociétés en commandite par actions, ne peut, aux termes de l'art. 5, être nommé *que pour une année*. Il est néanmoins certain, et cela a été expressément décidé par la Cour de cassation, que la nomination du conseil pour une plus longue période, ou la continuation de ses fonctions par le conseil au delà du terme légal, ne saurait être considérée comme une cause de nullité (*suprà*, n° 1050). Et il est certain aussi, dans le même ordre d'idées, que, nonobstant la disposition de l'art. 25 qui limite à la durée de six ans les fonctions des premiers administrateurs des sociétés anonymes, il n'y aurait pas cause de nullité si les premiers administrateurs étaient nommés pour plus de six ans. — Evidemment, ce n'est pas à

(1) Voy. cependant M. Rivière (n° 65).

ces omissions de détail que peut être étendue la sanction pénale des art. 7 et 41, dont les dispositions impératives, suivant la très-juste expression de la Cour de cassation, « sont restreintes et limitées aux *vices inhérents à la constitution même de la société.* » (Loc. cit.)

III. — 1236. C'est dans un intérêt d'ordre public, nous l'avons vu dans les deux chapitres qui précèdent, que sont établies les règles relatives aux conditions soit de forme, soit de fond, requises pour la constitution des sociétés. Il résulte nécessairement de là que la nullité édictée comme sanction pour assurer l'exécution de ces règles est une nullité absolue, non pas, sans doute, en ce sens qu'elle soit opposable à tous et par tous (les textes nous ont dit déjà, et nous y allons revenir, qu'elle ne peut pas être opposée aux tiers par les associés), mais en ce sens qu'une fois encourue, elle subsiste nonobstant toute renonciation ou ratification, soit expresse, soit tacite. La nullité est d'ordre public, et telle, dès lors, comme le reconnaît la Cour de Paris dans un arrêt cité déjà à diverses reprises, qu'elle ne saurait être couverte ni par l'exécution volontaire des conventions sociales, ni même par une délibération spéciale prise à l'effet de la couvrir par les actionnaires en assemblée générale (1). Il n'y a pas à insister sur ce point, universellement admis aujourd'hui. Il suffit ici de l'indiquer, d'autant plus qu'il trouvera, à chaque pas, sa justification dans les décisions nombreuses que nous aurons à relever au cours des observations qui vont suivre et dont il est en quelque sorte la raison d'être et le principe même.

1237. Mais, remarquons-le tout d'abord, quelque absolue qu'elle soit, la nullité édictée par la loi n'opère pas *de plein droit;* il faut qu'elle soit judiciairement prononcée. Ainsi, une société viciée dans sa constitution, soit par l'omission des formalités ou de l'une des formalités d'où résulte la publicité, soit par l'inobservation des prescriptions ou de l'une des prescriptions relatives aux conditions intrinsèques, pourrait cependant, nonobstant la nullité dont elle est affectée, vivre et fonctionner indéfiniment, si cette nullité n'était pas reconnue et déclarée par la justice. Cela vient de ce que la nullité, bien qu'elle tienne à l'ordre public, est cependant un moyen que la loi a voulu mettre à la disposition des parties intéressées. Elle est absolue, sans doute; et de là il résulte que les tribunaux ne peuvent pas se dispenser de la prononcer dès qu'elle est demandée, si, d'ailleurs, la cause en est justifiée, mais non qu'elle agisse d'elle-même, et de plein droit, en dehors de la volonté des parties, dont l'action ne saurait jamais être suppléée.

1238. Mais devant quels tribunaux et dans quel délai l'action doit-elle être formée? Sur le premier point, il n'y a pas de difficulté.

La nullité peut être demandée par voie d'action ou opposée par voie d'exception. Il se peut aussi qu'elle soit demandée par action principale ou invoquée d'une manière accessoire, c'est-à-dire au cours d'une instance engagée dans un intérêt qui se trouve lié à l'existence de

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de Paris du 29 mars 1859, cité *suprà*, nos 859, 986 et 1092.

la société. La compétence sera naturellement déterminée eu égard à ces situations diverses. Si la nullité est demandée par action principale, elle devra nécessairement être portée devant le tribunal du lieu où est le siége de la société. C'est la conséquence même de ce principe que la nullité n'opère pas de plein droit. Il en résulte que la société existe de fait tant que la nullité n'en est pas prononcée. Et cela suffit pour que le demandeur en nullité soit fondé à saisir le tribunal du domicile. Si la nullité est opposée par voie d'exception ou d'une manière accessoire, le juge de l'action ou le juge appelé à statuer sur l'intérêt à l'occasion duquel l'existence légale de la société est mise en question sera naturellement juge de l'exception.

1239. Mais, sur le second point, les opinions sont divergentes. Quelques auteurs estiment que la prescription de dix ans édictée par l'article 1304 du Code civil serait ici applicable. La loi, dit notamment M. Vavasseur, « aurait pu mitiger sa sévérité en abrégeant la durée de l'action en nullité. Un délai de deux ans eût été bien suffisant pour tous les intéressés ; mais, en l'absence de dérogation au droit commun, elle ne se prescrira que dix ans après la nullité commise, en sorte qu'elle pourra être intentée pendant toute la durée d'un grand nombre de sociétés ; il n'y a que celles dont la durée sera de plus de dix ans qui auront le privilége de respirer enfin en toute sécurité après ce temps écoulé. » (1) D'autres enseignent que, pas plus qu'aucune autre action, celle-ci ne saurait échapper à l'empire de l'art. 2262 du Code civil, d'après lequel « toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou même qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. » (2) Dans un troisième système, enfin, on soutient qu'il s'agit ici d'une action qu'aucune prescription ne peut atteindre, ce qui, dès le principe, est nul et de nul effet, ce qui est légalement inexistant ne pouvant jamais devenir inattaquable (3).

C'est à ce dernier avis que nous nous rallions de préférence, comme à celui qui répond le mieux au caractère même de la nullité. Cette nullité étant absolue, d'ordre public, et telle qu'elle ne peut par aucun moyen être effacée ou couverte, on ne comprend pas, il faut bien le dire, la prescription appliquée à l'action dont l'objet spécial est de la faire reconnaître et déclarer, pas plus qu'on ne comprendrait l'exception de prescription opposée, par exemple, à un moyen de nullité proposé contre un mariage contracté au mépris de dispositions constitutives d'un empêchement dirimant (4). Et, en effet, un mariage incestueux pourrait-il devenir incontestable ou inattaquable à la longue,

---

(1) Voy. M. Vavasseur (*Loi de 1867*, n° 262). Voy. aussi MM. Beslay et Lauras (n° 643).
(2) Voy. MM. Romiguière (n° 96), Bédarride (*Loi de 1867*, n°s 160 et suiv.), Rivière (*ibid.*, n° 74), Sourdat (*Soc. en comm. par act.*, p. 86 et 87).
(3) Voy. MM. Dalloz (*Rép.*, v° Sociétés, n° 1263), Quatre-Solz de Marolles (*Essai sur la Soc. en command.*, p. 61), Ameline (*Rev. prat.*, t. XXIV, p. 375 et 376), Alauzet (n° 472), Jules Dolez (*Soc. en comm. par int. et par act.*, p. 335 et 336).
(4) C'est la remarque de M. Alauzet (*loc. cit.*).

et, à la faveur d'une prescription quelconque, se défendre contre toute action ou exception tendante à en faire reconnaître la nullité? Non, sans doute. Il en doit être de même de la société illégalement constituée, puisqu'il ne se peut pas qu'une société illégale dès le principe, et dont la loi n'admet pas l'existence, puisse devenir légale et valable par l'effet du temps. La prescription doit rester ici hors de cause, car, on l'a dit avec raison dans le système auquel nous nous rallions, si elle est, selon la définition de la loi, un moyen d'acquérir ou de se libérer (C. civ., art. 2219), elle ne saurait être un moyen de former une société entre des personnes qui légalement ne sont pas associées.

Cependant, remarquons-le bien, ce que nous disons ici doit s'entendre de la nullité prise en elle-même, soit qu'on la demande par voie d'action, soit qu'on l'oppose par voie d'exception. C'est là seulement, selon nous, ce qui est imprescriptible. Quant aux actes accomplis par la société, ils restent, au point de vue de la prescription, sous l'empire du droit commun, nonobstant la nullité dont la société est affectée dans sa constitution. L'action qu'un créancier peut avoir contre la société illégalement constituée à raison d'engagements pris avec elle est assurément prescriptible. Et il est hors de doute que si ce créancier laissait prescrire son action, il serait sans intérêt à provoquer la nullité de la société; car, fût-il même admissible, ce que nous aurons à rechercher tout à l'heure (*infrà*, n° 1246), il ne lui servirait de rien de la provoquer, puisque la décision qu'il obtiendrait ne ferait pas revivre l'action qu'il aurait laissé s'éteindre. Mais ceci ne touche en aucune manière à l'action en nullité prise en elle-même. Cette action reste toujours ouverte, la société eût-elle prolongé son existence de fait au delà du temps fixé pour la prescription la plus longue, parce qu'elle est perpétuellement affectée du vice dont elle a été entachée dès son origine.

1240. La dissolution même, qui aurait mis fin à l'existence de fait de la société illégalement formée et nulle dans son principe, ne ferait pas obstacle à la demande en nullité. Dans une espèce où une société s'était constituée sur une déclaration mensongère, par le gérant, du nombre des souscripteurs et du montant des versements opérés sur les actions à la date de la constitution, la Cour d'Agen avait dénié à un actionnaire le droit de demander la nullité de la société pour contravention aux art. 1 et 6 de la loi du 17 juillet 1856, par ce motif, entre autres, que la dissolution de la société était déjà, lors de la demande en nullité, prononcée par l'assemblée générale des actionnaires. La décision n'a pu tenir devant la Cour de cassation. « Les conséquences juridiques de l'annulation d'une société, a dit la Cour, sont autres que les conséquences de sa dissolution, et l'on ne peut pas considérer comme dénuée d'intérêt la demande qui tend à faire remonter l'annulation jusqu'à l'époque de la formation de la société. » En conséquence, la décision de la Cour d'Agen a été cassée pour violation des art. 1 et 6 de la loi du 17 juillet 1856 (1), comme devrait être cassée aujourd'hui, pour

(1) Cass., 3 juin 1862 (S.-V., 63, 1, 189; Dall., 63, 1, 24; *J. Pal.*, 1862, p. 1116).

violation des art. 1 et 7 de la loi du 24 juillet 1867, toute décision qui admettrait la fin de non-recevoir consacrée par cette dernière cour.

La liquidation même, dont la dissolution aurait été suivie, pourrait ne pas constituer une fin de non-recevoir contre la demande en nullité. La liquidation n'étant, en effet, sous bien des rapports, qu'une conséquence de l'acte d'association auquel elle emprunte ses règles en grande partie, comme nous le verrons plus tard (*infrà,* tit. III), devrait suivre le sort de cet acte et être annulée comme lui. La Cour de cassation le reconnaît également par un arrêt sur lequel nous aurons à revenir bientôt (*infrà,* n° 1252). Dans l'espèce, une société, nulle dans son principe pour n'avoir pas été publiée, avait pris fin par suite d'une convention intervenue entre les associés, et par laquelle abandon de l'actif social avait été fait à l'un d'eux. Sans s'arrêter à cette espèce de liquidation, des créanciers personnels de l'un des associés provoquèrent la nullité de la société pour arriver à faire tomber l'abandon et, par suite, à exercer leurs droits sur l'actif social. Leur action fut reconnue fondée, et la Cour de cassation annula la décision qui l'avait rejetée (1).

1241. Toutefois, si, en principe, les conséquences juridiques de l'annulation d'une société sont autres que celles de la dissolution, il faut bien reconnaître qu'en fait il en peut être autrement, et, par suite, que l'action en nullité de la société dissoute soit sans intérêt. Par exemple, une société illégalement constituée a un actif de beaucoup supérieur à son passif; elle arrive au terme fixé et se dissout; puis, la liquidation qui suit donne satisfaction à tous les intérêts. La demande en nullité, en ce cas, n'aurait réellement pas d'objet et serait, à bon droit, repoussée.

La Cour de Paris, et la Cour de cassation après elle, l'ont décidé ainsi, même dans des circonstances moins tranchées. Il s'agissait d'une société nulle en principe pour inobservation des prescriptions de l'art. 4 de la loi du 17 juin 1856 (vérification et approbation des apports en nature). Une instance en nullité avait été déjà engagée par un créancier, quand la société fut dissoute par un vote de l'assemblée générale. L'instance ayant été reprise par le gérant après ce vote, la Cour de Paris rejeta la demande, en ce que, dit-elle, « elle ne pourrait reposer *sur un intérêt légal qu'autant que la nullité pourrait produire, au profit du demandeur,* des résultats différents que ceux qui sont la conséquence de la dissolution de la société devenue définitive par le vote de l'assemblée; en cet état, son seul but est de reprendre purement et simplement ses apports, sans exécuter ses obligations envers ses associés. Or, tel ne saurait être le résultat nécessaire de la nullité demandée, la nullité même absolue d'une société par actions ne pouvant empêcher qu'il ait existé pour le passé une communauté d'intérêts, licite en elle-même, créée par la libre volonté des parties, et qui doit se régler et se liquider en prenant pour base leur commune intention, laquelle n'a pu

(1) Cass., 7 mars 1849 (S.-V., 49, 1, 397; Dall., 49, 1, 77). — Voy., cependant, Req., 24 janv. 1872 (Dall., 72, 1, 300; S.-V., 72, 1, 380; *J. Pal.*, 1872, p. 1007).

être autre que celle exprimée par le pacte social dont cette communauté n'a été, en définitive, que l'exécution pure et simple. » Et cette décision a été confirmée par la Cour de cassation, non-seulement sur le mode à suivre pour la liquidation du passé d'une société illégalement constituée, difficulté réservée, quant à présent, et sur laquelle nous reviendrons ultérieurement (*infrà*, nos 1263 et 1264), mais encore et surtout sur le point spécialement en question. La Cour suprême, dont l'arrêt se concilie à merveille avec celui qui est cité au numéro précédent, a considéré que, pour rejeter la demande en nullité, la Cour de Paris ne s'était pas fondée sur ce que la dissolution déjà prononcée rendrait sans objet, d'une manière absolue et dans tous les cas, toute demande en nullité ultérieure, ni sur ce que la nullité d'une société ne pourrait jamais produire d'autres effets que ceux de la dissolution, mais uniquement sur ce que, dans les circonstances de la cause et dans le cas spécial, la demande en nullité qui tendait, de la part du demandeur, à la reprise de ses apports et à une liquidation sur des bases autres que celles du pacte social, était en contradiction avec l'intention commune des parties, manifestée par la gestion de leur intérêt commun et l'exécution qu'elles avaient donnée au pacte social (1). Il est donc vrai de dire que la dissolution d'une société illégalement constituée peut, sinon en principe, du moins suivant les circonstances, produire une fin de non-recevoir contre la demande en nullité.

1242. De même, et à plus forte raison, faut-il dire que la nullité, dès qu'elle est prononcée à la requête d'une partie intéressée, rend sans objet, et dès lors irrecevable, toute demande en nullité qui serait formée par une autre partie. Les effets du jugement qui prononce la nullité ne sont pas limités à celui qui l'a obtenu, la société étant annulée au regard de tous les autres, sans qu'ils aient besoin d'exercer une action individuelle et de la faire prononcer à nouveau (2).

IV. — 1243. Nous avons à rechercher maintenant par qui et contre qui peut être invoquée la nullité de la société viciée dans son principe par l'inaccomplissement des conditions constitutives soit de forme, soit de fond. A cet égard, les lois nouvelles ont toutes et successivement emprunté sa formule au Code de commerce. Après l'indication des formalités d'où devait résulter la publicité des actes de société d'après ce code, il était dit, dans l'art. 42 : « Ces formalités seront observées, à peine de nullité, *à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par les associés.* » La disposition est reproduite dans les mêmes termes, en ce qui concerne les conditions de forme, par l'art. 56 de notre loi du 24 juillet 1867, et en termes équivalents par les art. 7 et 41, relativement aux conditions de fond. Elle avait été reproduite de même dans la loi du 23 mai 1863 (art. 24) sur les sociétés à responsabilité limitée, et dans celle du 17 juillet 1856 (art. 6) sur les sociétés en commandite par actions.

(1) Rej., 7 juill. 1873 (S.-V., 73, 1, 388; *J. Pal.*, 1873, p. 957; Dall., 73, 1, 327). *Comp.* Rej., 11 mai 1870 (Dall., 70, 1, 401; *J. Pal.*, 1870, p. 1118; S.-V., 70, 1, 425).
(2) Req., 2 juill. 1873 (*J. Pal.*, 1873, p. 765; S.-V., 73, 1, 306).

Ainsi, et tout d'abord, d'après ces textes, les associés ou actionnaires ne peuvent jamais invoquer la nullité de la société ou s'en prévaloir à l'encontre *des tiers,* c'est-à-dire de quiconque n'a pas été partie à la convention, comme les créanciers sociaux ou les créanciers personnels des associés. Cela est certain, en toute hypothèse et quelle que soit la cause de la nullité de la société. M. Bravard estime cependant qu'autant la règle est rationnelle et conséquente dans l'hypothèse de l'art. 42 du Code de commerce, c'est-à-dire lorsque la nullité provient d'une omission de publication, autant elle serait irrationnelle et inconséquente si elle était appliquée à la lettre, dans l'hypothèse de l'art. 6 de la loi de 1856 (7 et 41 de la loi de 1867), en d'autres termes, quand la nullité a pour cause l'inaccomplissement de l'une des conditions de fond. Selon l'auteur, il y aurait des distinctions à faire, dans ce cas, pour entrer dans l'esprit de la loi. Il faudrait rechercher si la cause de nullité est de telle nature qu'elle ait dû être connue des actionnaires. Les actionnaires ont-ils dû la connaître, ils ont eu tort d'entrer dans la société, et ils ne pourront pas se prévaloir de la nullité contre les tiers. Si, au contraire, elle n'a pu être connue d'eux, s'il n'y a aucune faute à leur imputer, comme dans le cas où le capital social, quoique déclaré intégralement souscrit, ne l'avait été qu'en partie, ils seront recevables à dire, même contre les tiers, que la société n'existe pas, qu'ils se sont engagés sous une condition qui n'a pas été remplie. Il s'agirait là, à vrai dire, de l'inexistence même de la société, d'un fait qui ne leur est pas imputable, qui constitue un tort à leur égard et dont ils pourraient se prévaloir envers et contre tous (1). Mais, comme le fait remarquer le savant annotateur de Bravard, cette doctrine est en opposition formelle avec le texte de la loi, qui y résiste de la manière la plus positive (2). La nullité, disent en effet les textes, ne peut être opposée aux tiers par les associés. C'est là une règle absolue et posée en termes tels qu'ils excluent toute exception ou réserve. En toute hypothèse donc, les associés ou actionnaires, soit qu'ils aient connu, soit qu'ils aient ignoré la cause de la nullité, doivent rester engagés dans les termes de la convention sociale si cela convient aux tiers auxquels ils ne peuvent pas opposer la nullité. En définitive, ils ont été parties au contrat, par eux-mêmes ou par des mandataires (le conseil de surveillance dans la commandite, les administrateurs et les commissaires dans les sociétés anonymes) chargés de veiller à ce que les prescriptions légales fussent exactement observées. Comment donc, si ces prescriptions ont été méconnues, pourraient-ils s'en faire un titre contre les tiers envers lesquels la société se serait obligée?

1244. Ceci est vrai, d'ailleurs, pour les sociétés anonymes aussi bien que pour les sociétés en commandite par actions. A la vérité, l'art. 41, qui édicte la sanction de la nullité en ce qui concerne les sociétés anonymes, ne dit pas expressément, comme l'art. 7 relatif aux sociétés en

(1) Voy. M. Bravard (*Des Soc.*, p. 157 et 158).
(2) M. Demangeat, sur Bravard (*loc. cit.*, à la note). *Junge* : MM. Rivière (n° 70), Alauzet (n° 474).

commandite par actions, « que cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés. » Mais c'est là une omission involontaire qui a pu être le résultat des remaniements dont l'art. 41 a été l'objet, comme nous le verrons au paragraphe suivant. La vérité est qu'il a été dans la pensée du législateur de n'établir, sous ce rapport, aucune différence entre l'art. 7 et l'art. 41. Cela résulte nettement des travaux préparatoires, et notamment du rapport de la commission législative. « L'article 41, y est-il dit, conforme aux principes du Code de commerce, détermine la conséquence des infractions relatives à la constitution de la société (anonyme) en elle-même : ***nullité à l'égard des intéressés, inopposable aux tiers par les associés, telle est la règle,*** conforme à la tradition, à la raison et à la morale, ***que reproduit l'art. 41.*** » (1) Et la Cour de Paris, devant laquelle on a cru pouvoir exciper du silence de ce dernier article, a répondu justement que, « s'il n'y a point été exprimé que la nullité prononcée au regard des intéressés ***ne peut être opposée aux tiers par les associés,*** ainsi que le portent les lois antérieures et même l'art. 7 de la loi du 24 juillet 1867 dont il s'agit au procès, il demeure évident que le législateur, en omettant de répéter expressément cette disposition, n'a entendu en rien déroger à un principe élémentaire et nécessaire de l'économie même des sociétés commerciales, et abolir, dans la matière des sociétés anonymes, ce qui serait une inconséquence grave et un grave péril, la règle la plus constante de droit commun. » (2)

1245. Il suit de là que les tiers, créanciers de la société déclarée nulle, peuvent agir directement contre elle, et spécialement, comme dans le procès jugé par l'arrêt précité de la Cour de Paris, poursuivre sa mise en faillite comme société de fait, sans qu'ils aient à craindre de se voir opposer la nullité. Ils pourraient aussi rechercher les cessionnaires d'actions, sans que ces derniers fussent admis à prétendre que, la société étant nulle, le transfert des actions a été frappé de nullité comme elle. Ils pourraient également agir contre les actionnaires de la première émission, lesquels, sauf l'application des art. 3, § 2, et 24, sont tenus envers les tiers jusqu'à concurrence du montant de leurs actions; et même contre les actionnaires d'une seconde émission non couverte, dans le système d'après lequel on devrait appliquer aux augmentations de capital des règles qui, selon nous (*suprà,* n° 876), sont écrites exclusivement en vue du capital de fondation. Dans ces diverses situations, leur qualité même ne permettrait pas aux actionnaires d'opposer aux tiers la nullité de la société.

1246. Cela dit touchant les personnes auxquelles il n'est pas permis d'exciper de la nullité, voyons quelles sont celles qui, au contraire, pourraient l'invoquer ou l'opposer. La société formée contrairement aux prescriptions légales est nulle, dit la loi, à l'égard des intéressés. Ce sont donc *les intéressés* qui peuvent se prévaloir de la nullité. Mais

---

(1) Voy. le *Comment. législ.* de M. Tripier (t. I, p. 180).
(2) Paris, 5 févr. 1872 (*J. Pal.*, 1873, p. 338; S.-V., 73, 2, 75; Dall., 74, 2, 235 et 236).

que faut-il entendre par cette expression? Est-ce à dire que parce qu'on aurait un intérêt quelconque à voir disparaître une société, on serait admissible à faire déclarer la nullité qui en vicierait la constitution? Non, assurément. Par exemple, le commerçant à la tête d'une entreprise industrielle ou commerciale aurait un notable intérêt à éloigner la concurrence que lui ferait une société exploitant une entreprise de la même nature. Il est évident, pourtant, qu'il ne pourrait pas être permis à cet industriel, sous prétexte que la société rivale a été irrégulièrement constituée, d'en provoquer la nullité. L'intérêt mis en avant dans une telle hypothèse ne serait pas un intérêt juridique (1), et, par conséquent, il ne pourrait à aucun titre être écouté. Ce n'est pas tout : il ne suffirait pas d'avoir un intérêt juridique; l'action ne pourrait être ouverte qu'à un intérêt légitime. Ainsi, Pierre a pris l'engagement de fournir à la société les matières premières dont elle a besoin pour ses opérations, moyennant une somme déterminée que, de son côté, la société s'est obligée à payer. La société étant nulle, Pierre n'y trouve pas les garanties sur lesquelles il avait compté; il a, dès lors, un intérêt légitime à faire prononcer la nullité pour se dégager de l'obligation qu'il avait prise. Mais supposez que la société eût déjà rempli ses engagements envers lui, son intérêt à agir en vue de se décharger des obligations par lui prises corrélativement ne serait plus un intérêt légitime, puisque désormais, et nonobstant la nullité dont la société était affectée dans sa constitution, il a retiré du contrat les avantages sur lesquels il avait compté (2).

1247. Voyons maintenant quelles personnes peuvent être considérées comme ayant cet intérêt légitime, et, par conséquent, comme *intéressés* dans le sens de la loi. Les associés eux-mêmes d'abord, ou les actionnaires, peuvent-ils être regardés comme intéressés? L'affirmative est hors de doute. Ils ont un intérêt incontestable à ne pas rester dans les liens d'une association qui, viciée dans son principe, a une existence absolument précaire, puisque tout autre intéressé pourrait à chaque instant la faire annuler. Dès lors, bien qu'ils ne soient jamais admissibles, nous venons de le voir, à opposer la nullité aux tiers, ils ont, au moins, le droit de l'invoquer contre la société elle-même ou contre leurs coassociés. On peut dire, sans doute, et on a dit en effet, que l'inaccomplissement des formalités ou des conditions constitutives leur est imputable, et que, par suite, il y aurait injustice à leur permettre de se prévaloir les uns contre les autres d'une faute commune à tous (3). Mais il faut remarquer qu'il s'agit ici d'une nullité d'ordre public, et que si l'action est ouverte entre associés, c'est moins dans leur intérêt propre et personnel que dans un intérêt général, pour faire cesser un état de choses réprouvé par la loi. Au surplus, nous verrons bientôt (*infrà*, nos 1255 et suiv.) que la nullité, déclarée à la requête

(1) C'est la juste observation de MM. Beslay et Lauras (nos 580 et 581).
(2) *Comp.* Req., 28 févr. 1859 (S.-V., 59, 1, 509; *J. Pal.*, 1859, p. 225; Dall., 59, 1, 232).
(3) Delvincourt (*Inst. de droit comm.*, t. II, p. 45 et 46).

d'un associé, si elle peut en certains cas léser les intérêts de ses coassociés en faute comme lui, ne saurait du moins jamais porter atteinte aux droits acquis par les tiers jusqu'à l'annulation de la société. En sorte que, comme la nullité ne peut pas devenir pour les associés une cause de profits illégitimes, il est vrai de dire qu'en réalité il n'y a aucune injustice à leur permettre de la provoquer.

La jurisprudence, du reste, est fixée en ce sens. Il résulte de ses décisions que le droit d'agir en nullité appartient aux associés ou actionnaires (1), même lorsqu'ils n'ont pas payé le montant intégral de leurs actions (2), ainsi qu'au gérant contre son cogérant, et même contre la société, sauf à subir les conséquences des actes auxquels il aurait participé et à raison desquels il serait personnellement responsable (3). Il est décidé même que la nullité peut être demandée par les associés nonobstant toute exécution de l'acte de société (4). C'est une suite nécessaire du caractère même de la nullité, qui, étant absolue et d'ordre public, ne saurait être couverte ni par une ratification expresse, ni, à plus forte raison, par une ratification tacite (*suprà*, n° 1236). Ajoutons néanmoins, qu'il en serait autrement si l'exécution avait été pleine et entière, spécialement si la société de fait étant dissoute par l'expiration du terme qui avait été assigné à sa durée, sa dissolution avait été suivie de liquidation et de partage entre les associés. La nullité serait couverte par une telle exécution, et, dans cette situation, les associés, qui évidemment ne seraient plus *intéressés* dans le sens de la loi, ne devraient pas être admis à provoquer une nullité qui désormais n'aurait pas de raison d'être et ne pourrait plus avoir d'autre effet que de favoriser des calculs de mauvaise foi (5).

1248. Les débiteurs sociaux ne sont pas, on le comprend, au nombre des personnes qui peuvent demander la nullité de la société, leur créancière, par le motif qu'elle serait illégalement constituée. L'annulation de la société ne les affranchirait pas de l'obligation d'acquitter leur dette; ils sont donc sans intérêt à la demander.

1249. Autrement en est-il des créanciers sociaux. Ce sont les tiers dont nous parlions tout à l'heure (n° 1246), et nous avons vu que, dès qu'ils ont un intérêt légitime, l'action en nullité ne saurait leur être refusée. Le seul point qui ait pu être mis en question à cet égard est de savoir si cette action subsisterait en leur personne, même dans le cas où ils auraient personnellement connaissance de la cause de nullité au

---

(1) Voy. notamment Req., 2 juill. 1817 et 23 déc. 1844 (Dall., 45, 1, 113); Paris 5 août 1869 (*J. Pal.*, 1870, p. 202; S.-V., 70, 2, 33).

(2) Lyon, 12 janv. 1872 (*J. Pal.*, 1873, p. 321; S.-V., 73, 2, 65).

(3) Cass., 3 juin 1862 (S.-V., 63, 1, 189; *J. Pal.*, 1862, p. 1116; Dall., 63, 1, 24); Rej., 22 nov. 1869; Dall., 70, 1, 23; *J. Pal.*, 1870, p. 123; S.-V., 70, 1, 55).

(4) Req., 30 janv. 1839 (S.-V., 39, 1, 393; *J. Pal.*. 1839, t. I, p. 354).

(5) Ce sont les motifs d'un arrêt de la chambre des requêtes, qui, en jugeant spécialement que la nullité pour défaut de publicité de la retraite de l'un des associés est couverte à l'égard des autres associés par la complète exécution de la convention en vertu de laquelle la retraite a eu lieu, exprime que la solution serait applicable si le défaut de publicité était reproché à l'acte de société lui-même. Req., 27 mai 1861 (Dall., 61, 1, 330; S.-V., 62, 1, 47; *J. Pal.*, 1862, p. 859).

moment où ils ont traité avec la société. Mais il n'est pas douteux que, même en ce cas, l'action leur reste ouverte. Outre que la connaissance qu'ils auraient eue de la cause de nullité ne peut pas leur être opposée comme impliquant une renonciation, puisque toute renonciation est inutile quand il s'agit d'une nullité d'ordre public, il est vrai de dire que cette connaissance ne les garantit pas contre les effets de la nullité qui pourrait être prononcée à la requête d'un autre intéressé. Ils ont donc un intérêt évident, et, par cela même, leur droit ne saurait être contesté.

1250. La question a présenté plus de difficulté en ce qui concerne les créanciers personnels des associés. Qu'ils puissent agir du chef des associés leurs débiteurs, et demander la nullité par l'action oblique de l'art. 1166 du Code civil, cela n'est pas douteux. Toutefois, s'ils n'avaient que cette voie, les tiers qui auraient contracté avec la société pourraient les évincer, en leur opposant, comme s'ils étaient vis-à-vis des associés eux-mêmes, que l'inaccomplissement des conditions requises ne doit et ne peut pas porter atteinte aux droits qu'ils tiennent de la société. Les créanciers personnels ont donc un puissant intérêt à agir directement, et *proprio nomine,* en ce que par là ils conjurent cet effet de l'action oblique qui, si elle est seule à leur disposition, les laisse exposés à toutes les exceptions opposables à leur débiteur, et spécialement à l'application de cette règle, fondamentale en la matière, que la nullité de la société résultant de l'inobservation des prescriptions légales ne peut pas être opposée aux tiers par les associés. Mais sont-ils, en leur qualité de créanciers personnels, dans le cas de pouvoir exercer cette action directe et personnelle? Voilà ce qui a fait difficulté. Les créanciers personnels des associés, a-t-on dit, s'ils pouvaient se prévaloir de la nullité, « auraient plus de droits que leurs débiteurs, ce qui serait quelque chose d'assez incohérent et qui, par cela même, ne doit pas être admis facilement. » (1) C'est la considération dominante, et M. Bravard, traitant la question à propos de la nullité résultant du défaut de publication de l'acte de société, ajoutait que la preuve que le Code de commerce (l'auteur écrivait avant la loi de 1867) n'avait pu désigner les créanciers personnels par le mot *intéressés,* c'est qu'il n'avait pas exigé dans les sociétés en nom la publication du montant des apports, c'est-à-dire la publication qui seule les intéresserait.

Toutefois, la jurisprudence n'est pas entrée dans cette voie. Sans tenir compte de ce dernier argument, qui d'ailleurs serait aujourd'hui sans valeur juridique, la loi de 1867 ayant exigé l'indication du capital social dans l'extrait publié pour toutes les sociétés indistinctement (*suprà*, n° 1158), elle a reconnu aux créanciers personnels des associés le droit de provoquer la nullité de la société en cas d'inobservation des

(1) Ce sont les expressions de M. Bravard, dont l'opinion, admise par son annotateur M. Demangeat (*Soc. comm.*, p. 50 et 51), a été récemment soutenue et longuement développée par MM. Beslay et Lauras (n°s 606 et suiv.). La Cour de la Guadeloupe, par arrêt du 25 avril 1845, et celle d'Aix, par arrêt du 9 avril 1867, s'étaient prononcées en ce sens. Mais les arrêts ont été successivement cassés les 18 mars 1851 et 11 mai 1870. (Voy. la note qui suit.)

prescriptions de la loi relatives soit à la forme, soit au fond. C'est qu'en effet ils ne peuvent pas n'être pas considérés comme des *intéressés* dans le sens soit des art. 7, 41 et 56 de la loi du 24 juillet 1867, soit de l'art. 42 du Code de commerce. Et il suffit, pour en demeurer convaincu, d'envisager les conséquences mêmes de la nullité. La société étant constituée contrairement aux prescriptions de la loi, il s'ensuit qu'elle ne crée pas un être moral, une personne juridique ayant son patrimoine distinct. Il y a seulement une communauté de fait « dont l'actif, selon l'expression des arrêts de la Cour de cassation, se confond avec les autres biens des associés et devient le gage commun des créanciers de ceux-ci, sans que les créanciers sociaux puissent réclamer sur cet actif un droit de préférence au préjudice des créanciers personnels des associés. » Ces derniers ont donc un intérêt évident et notable à faire tomber une société dont l'existence diminuerait à leur détriment l'actif de leurs débiteurs. Et c'est pourquoi la jurisprudence, suivie du reste par la presque unanimité des auteurs, les a constamment rangés parmi les *intéressés* admis à nier la société, et cela même dans le cas où ils en auraient connu l'existence (1).

1251. Notons, toutefois, que si les créanciers personnels peuvent exciper de la nullité, c'est seulement en tant que leur créance serait antérieure ou aurait acquis date certaine antérieurement à la dissolution de la société irrégulièrement constituée (2). Et, en effet, si leur titre était postérieur à la dissolution, ils ne seraient évidemment pas fondés à prétendre que l'existence de cette société, qui avait pris fin quand leur créance personnelle est née ou a été constatée, leur a causé préjudice. Ils seraient ainsi sans intérêt légitime à se plaindre, et, par cela même, irrecevables à opposer la nullité (*suprà*, n° 1246). M. Pardessus estime même que le créancier personnel ne devrait être reçu à se plaindre qu'autant « qu'il justifierait que sa créance existait déjà *à l'époque où son débiteur a formé la société* qu'il arguë de nullité. » (3) Mais c'est aller trop loin : aussi bien que les créanciers personnels antérieurs à la formation de la société, ceux dont la créance est postérieure à l'acte de société sont ou peuvent être atteints et lésés par une convention dont l'effet est de modifier le crédit de leur débiteur, en diminuant son actif, qui est leur gage. L'intérêt qu'ils ont à demander la nullité subsisterait donc en ce cas.

---

(1) Voy. notamment Cass., 18 mars 1851 et 11 mai 1870 (S.-V., 51, 1, 273; 70, 1, 428; *J. Pal.*, 1851, t. I, p. 516; 1870, p. 1123; Dall., 51, 1, 51; 70, 1, 405); Rej., 13 févr. 1855 (S.-V., 55, 1, 721; *J. Pal.*, 1856, t. I, p. 157; Dall., 55, 1, 308); Paris, 21 juin 1852 (S.-V., 52, 2, 608; *J. Pal.*, 1852, t. II, p. 702; Dall., 54, 5, 715); Angers, 2 août 1865 (S.-V., 67, 2, 75; *J. Pal.*, 1867, p. 340); Rennes, 6 mars 1869 (*J. Pal.*, 1869, p. 1009; S.-V., 69, 2, 254; Dall., 70, 2, 224); Grenoble, 28 déc. 1871 (Dall., 72, 2, 206; S.-V., 72, 2, 37; *J. Pal.*, 1872, p. 210); Lyon, 28 janv. 1873 (Dall., 73, 2, 38; S.-V., 74, 2, 107; *J. Pal.*, 1874, p. 476). *Junge :* MM. Troplong (*Soc.*, n° 251), Alauzet (n° 228), Pardessus (n° 1009), Molinier (n° 289), Rivière (n° 71), Bédarride (n° 163), Mathieu et Bourguignat (n° 70), Beudant (*Rev. prat.*, t. XXV, p. 335), Lombard (p. 41).

(2) Voy. l'arrêt du 7 mars 1849, déjà cité sous le n° 1240. — Voy. aussi M. Delangle (*Soc.*, n° 518), Alauzet (n° 380), Gouget et Merger (v° Société, n° 311).

(3) Voy. M. Pardessus (*loc. cit.*). *Contrà :* M. Molinier (*loc. cit.*).

1252. Que si la société, illégalement constituée, était en état de faillite, il serait difficile de ne pas considérer le syndic comme intéressé dans le sens des art. 7, 41 et 56 de la loi de 1867, et, par conséquent, comme apte à exciper de la nullité. Le syndic succède, en effet, aux droits du gérant, qui, nous l'avons dit plus haut, peut proposer la nullité. Il représente en même temps la masse des créanciers et même les actionnaires, qui, les uns et les autres, sont rangés au nombre des intéressés. A tous égards donc, il doit être autorisé à exercer l'action résultant de l'inobservation des prescriptions légales touchant la constitution de la société (1).

1253. En nous résumant donc sur ce point de savoir à qui et par qui la nullité peut être opposée, nous pouvons dire : d'une part, les associés n'en peuvent jamais exciper à l'encontre des tiers; et, d'une autre part, elle peut, au contraire, être requise ou opposée par les tiers, créanciers sociaux ou créanciers personnels des associés, et aussi par les associés entre eux. Il s'en faut, cependant, que les conséquences soient les mêmes dans tous les cas. C'est ce que nous allons voir en nous occupant du point qui nous reste à préciser, c'est-à-dire des effets de la nullité.

V. — 1254. En principe, une société annulée pour inaccomplissement des conditions auxquelles sa constitution même était subordonnée est censée, alors même qu'elle a fonctionné en fait, n'avoir jamais existé, la loi ne pouvant pas prendre en considération une existence qui n'a persisté que par la violation, chaque jour répétée, de règles établies dans un but d'utilité publique. Et dès que la société n'a jamais eu d'existence légale, dès qu'elle est, par suite, réputée n'avoir pas existé valablement, il serait vrai de dire qu'elle n'a pu produire aucun effet : *quod nullum est nullum producit effectum*. Ainsi, elle n'a pas pu avoir un patrimoine propre et distinct de celui des associés, ni des créanciers particuliers, et les biens qu'en fait elle a possédés ne peuvent pas être considérés comme le gage exclusif des tiers qui ont traité avec elle. Telles seraient, en quelques mots, les conséquences les plus saillantes qui, d'après les principes généraux, résulteraient de l'annulation de la société. Toutefois, des textes formels et de graves considérations d'équité ne permettent pas de s'arrêter, dans tous les cas, à cette rigoureuse application des principes. Il y a des distinctions à faire, car il faut tenir compte des situations diverses qui peuvent se produire. Et, pour les préciser, il convient d'étudier les effets de la nullité en les considérant successivement dans les rapports : 1° des associés avec les créanciers sociaux; 2° des associés avec leurs créanciers personnels; 3° des associés entre eux; 4° des créanciers sociaux avec les créanciers personnels ou de ces différents créanciers entre eux.

VI. — 1255. Les créanciers sociaux, dans leurs rapports avec les associés, peuvent, à leur choix, considérer comme valable la société

(1) Voy. Lyon, 29 mars 1860 (S.-V., 60, 2, 365); *J. Pal.*, 1861, p. 181); Angers, 13 janv. 1869 (*J. Pal.*, 1870, p. 429; S.-V., 70, 2, 81).

illégalement constituée, ou, au contraire, en provoquer et en faire prononcer la nullité. C'est la conséquence naturelle et nécessaire des textes dans lesquels, après cette indication que les formalités et les mesures prescrites devront être observées *à peine de nullité à l'égard des intéressés,* il est ajouté que le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers *par les associés.* La loi donne par là aux créanciers sociaux une arme à double tranchant, si l'on peut ainsi dire, pour contraindre les associés à l'observation et au respect de ses prescriptions. On a parfois tenté d'ajouter encore à ces prérogatives. Ainsi, dans une espèce où une société en commandite, en s'établissant, avait négligé d'accomplir les formalités relatives à la publication, on a prétendu que les créanciers avaient le droit de demander que la société fût considérée comme société en nom collectif, de manière à faire déclarer les commanditaires solidairement responsables. La société n'ayant pas été publiée, disait-on, est nulle et n'a eu d'existence que comme une société de fait dans laquelle les associés étaient tous obligés de la même manière envers les tiers. La prétention a été rejetée. La Cour de cassation a justement décidé que pour qu'elle fût admissible il aurait fallu que la société eût fonctionné publiquement comme société en nom collectif, de telle façon que les tiers eussent pu être trompés par l'apparence d'une société de fait existant entre les associés en nom collectif et les commanditaires; mais qu'en dehors de ces circonstances et de toutes manœuvres susceptibles d'induire les tiers en erreur, le défaut de publication ne peut être invoqué par les créanciers sociaux que comme moyen de faire prononcer la nullité de la société s'ils y ont intérêt (1). Nous n'insistons pas sur ce point, auquel nous aurons à revenir bientôt (*infrà,* n° 1273). Et, quant à présent, nous nous bornons à préciser qu'en présence d'une société irrégulièrement constituée, le seul droit des créanciers sociaux consiste en ceci, qu'ils peuvent à leur gré, et suivant leur intérêt, soit invoquer la nullité et repousser l'existence de la société, soit négliger la nullité et tenir la société comme existante et valable.

1256. Si, s'arrêtant à ce dernier parti, les créanciers sociaux admettent l'existence de la société, ils peuvent agir contre cette association, qu'ils reconnaissent, comme si toutes les formalités avaient été remplies, comme si la société était régulièrement et légalement constituée. Ils pourraient donc, dans cette situation, déduire contre la société toutes les conséquences de droit découlant de son existence. La Cour de Paris a jugé cependant qu'une société commerciale, non publiée conformément à la loi, ne constitue qu'une société de fait non susceptible d'être mise en faillite, et qu'en pareil cas le droit des créanciers sociaux se borne à faire déclarer en faillite chacun des associés individuellement. « La mise en faillite collective d'une simple association de fait, a dit la Cour, répugnerait à la nature d'une telle société, qui, procédant du fait et non du droit, ne saurait participer à la fiction purement légale en

(1) Req., 28 févr. 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 627; S.-V., 60, 1, 157; Dall., 59, 1, 406).

vertu de laquelle une société, pour constituer un être moral distinct de l'individualité des associés, une personne civile propriétaire de l'actif social et tenue du passif social, est essentiellement soumise à la condition de la publicité réglée par la loi. » (1) Mais, évidemment, la Cour déplaçait en cela le terrain du débat. La question, en effet, n'est pas de savoir si la société, nulle faute de publicité ou par inaccomplissement de toute autre condition imposée par la loi, constitue ou ne constitue pas un être moral, une personne juridique. Il s'agit uniquement, comme dans l'espèce le point était remarquablement mis en lumière par l'organe du ministère public dont la Cour n'a pas cru devoir suivre les conclusions, des droits que donne à ses créanciers une société qui, bien que nulle dans sa constitution, fonctionne comme association régulière (2). Or, il n'est pas douteux qu'entre autres droits, les créanciers sociaux ont celui de s'en tenir à l'apparence, de considérer la société comme existante s'ils y ont intérêt, et, par cela même, d'agir vis-à-vis d'elle et contre elle comme si elle existait en effet dans toutes les conditions de régularité. Cela étant, comment refuser aux créanciers sociaux, lorsqu'ils n'ont en présence que la société (car nous réservons, pour y revenir ultérieurement, *infrà,* n° 1275, le cas où le débat s'élèverait entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés), le droit de faire déclarer la société en faillite si elle est en état de cessation de payements? « La procédure de la faillite, disait justement l'organe du ministère public devant la Cour de Paris, n'est en elle-même qu'un mode de liquidation organisé en vue de protéger plus efficacement les droits des commerçants frappés par un désastre commun. Or, voici une société, non publiée il est vrai (et par conséquent nulle), mais fonctionnant comme association régulière, s'affirmant par son enseigne, ses circulaires, ses factures, ayant son siége, ses bureaux, son matériel, en un mot toute sa notoriété effective; cette société crée un passif qu'elle ne peut acquitter, et il lui suffira d'invoquer l'inobservation de la loi pour frustrer ses créanciers et se soustraire au régime protecteur de la faillite! » Cela ne saurait être; d'autant plus qu'en définitive, invoquer l'inobservation de la loi, c'est-à-dire se prévaloir de l'inexistence de la société, ce serait, de la part de la société, invoquer la nullité contre les tiers, contrairement aux dispositions textuelles d'après lesquelles la nullité ne peut jamais être opposée aux tiers par les associés. C'est décisif, ce nous semble. Et la Cour de Paris elle-même n'a pas tardé à le sentir. Car la question s'étant reproduite devant la même chambre, il a été décidé, par un retour de jurisprudence, qu'une société anonyme, nulle faute de publicité et de versement du quart du capital social, n'en est pas moins susceptible

(1) Paris, 3 mars 1870 (*J. Pal.*, 1870, p. 575; S.-V., 70, 2, 137; Dall., 70, 2, 103). ...nge : Caen, 18 mai 1864; Orléans, 9 août 1865 (*J. Pal.*, 1865, p. 476; 1866, p. 321; S.-V., 65, 2, 103; 66, 2, 57).

(2) Voy. les conclusions de M. l'avocat général Hémar, reproduites avec l'arrêt dans les Recueils (*loc. cit.*).

d'être mise en faillite comme société de fait, dès qu'il y a un passif social et cessation de payements (1). Et la Cour de cassation a consacré virtuellement cette solution en jugeant que c'est au tribunal du lieu où une société a son principal établissement *que doit être déclarée la faillite de cette société, alors même qu'elle n'aurait pas d'existence régulière à défaut d'accomplissement des formalités prescrites par la loi* (2).

1257. — Si, au contraire, plus intéressés à ne pas reconnaître l'existence de la société irrégulièrement constituée, les créanciers sociaux en font déclarer la nullité, ils ont la faculté d'agir contre les associés comme si leur association n'eût jamais été formée. La conséquence première, en ce cas, sera la résiliation des engagements pris par les créanciers envers la société. Ils avaient traité avec une personne qu'ils supposaient vivante et qui n'existe pas. Il est naturel qu'ils soient déliés de leurs engagements, s'ils le demandent, la société étant d'ailleurs dégagée des siens de son côté. Seulement, s'ils avaient un préjudice à souffrir à l'occasion du contrat donnant naissance à ces engagements, ils auraient en outre le droit de réclamer des dommages-intérêts aux associés dont la faute aurait été la cause première du dommage. — Une autre conséquence de la nullité, c'est que si après avoir exécuté, quant à eux, les obligations naissant du contrat, ceux avec qui la société a traité restent encore créanciers, ils ont action contre chaque associé personnellement pour sa part dans le fonds commun. Du reste, si, à ce point de vue, un créancier social a intérêt à opter pour la nullité, c'est surtout vis-à-vis des autres créanciers de la société. Par exemple, Primus et Secundus ont traité l'un et l'autre avec une société dont le seul actif consiste en un immeuble de la valeur de 100 000 francs, acquis par elle pendant sa durée. Il est évident que si Secundus a une créance hypothécaire de plus de 100 000 francs, Primus aurait intérêt à exciper de la nullité qui, en faisant tomber la société du même coup, pourrait emporter l'hypothèque, et qui ainsi lui permettrait, en demandant le partage de l'immeuble entre les associés, de venir comme créancier pour partie de chacun des partageants sur la part qui lui serait attribuée. Mais supposez un créancier social en présence des associés seulement, l'intérêt n'est plus le même. Presque toujours, alors, le créancier aimera mieux négliger la nullité par l'effet de laquelle il perdrait les actions solidaires qu'il pourrait avoir contre chacun des associés, et considérer la société comme existante et valable, ce qui, nous l'allons voir, lui permettrait de conserver ces actions.

1258. Il se peut faire que la nullité, laissée de côté par les créanciers sociaux, soit relevée par les associés eux-mêmes et déclarée à leur requête. La situation et les droits des créanciers n'en subsisteraient pas

(1) Voy. Paris, 5 févr. 1872 (*J. Pal.*, 1873, p. 338; S.-V., 73, 2, 75). Voy. aussi Bordeaux, 8 déc. 1870 (Dall., 72, 2, 22). *Comp.* Paris, 30 juill. 1859 (Dall., 59, 2, 165; *J. Pal.*, 1861, p. 1104).

(2) Req., 15 mars et 29 juin 1875 (*J. Pal.*, 1875, p. 685 et 869; S.-V., 75, 1, 260 et 358).

moins les mêmes dans cette hypothèse. Ils pourraient soit acquiescer à la nullité requise par les associés et en conséquence agir vis-à-vis de ceux-ci comme s'il n'y avait pas eu société, soit ne pas tenir compte de la nullité, et, par suite, résister à ce qu'il en soit tiré avantage contre eux par les associés. Ainsi, ces derniers auront vainement fait annuler la société, ils n'en resteront pas moins soumis à la solidarité dont ils pourraient être tenus vis-à-vis des créanciers de la société; les aliénations de biens compris dans leurs apports, ainsi que les droits réels qui y auraient été constitués, subsisteront au profit des tiers auxquels le droit aurait été conféré.

On pourrait dire qu'il y a quelque chose de contradictoire à permettre aux associés de poursuivre l'annulation de la société et à leur refuser le droit de se prévaloir, à l'encontre des créanciers, de la mesure qu'ils ont pu provoquer. Néanmoins, les deux solutions, également justes en elles-mêmes, sont aisément conciliables. D'une part, il est juste que les associés ne soient pas contraints de rester dans les liens d'une société viciée dans son principe et qui, par suite, est incessamment menacée de tomber sous l'action de quiconque peut avoir un intérêt légitime à l'attaquer; c'est pourquoi on a dû admettre que la voie de la nullité reste toujours ouverte pour les associés eux-mêmes et entre eux. Mais, d'une autre part, il y a un intérêt supérieur, celui des tiers, absolument étrangers aux irrégularités commises; c'est pourquoi il importait que la nullité procédant de ces irrégularités ne pût jamais leur être opposée par ceux à qui elles sont imputables. Et maintenant, comment concilier les deux situations? Comment maintenir le droit des créanciers sociaux sans paralyser aux mains des associés la faculté qui devait leur être accordée? On y arrive en limitant les effets de la nullité obtenue par ces derniers, spécialement en la considérant, vis-à-vis des créanciers sociaux, comme l'équivalent d'une simple dissolution de la société. Ainsi, les associés pourront bien faire annuler la société irrégulièrement constituée entre eux; mais cette nullité, qu'ils auront fait prononcer, sera sans aucun effet rétroactif par rapport aux créanciers sociaux. Vis-à-vis de ceux-ci, la société n'aura cessé d'exister que du jour où sera intervenu le jugement déclaratif de la nullité, en sorte qu'en ce qui les concerne, ce jugement ne vaudra que comme jugement prononçant la dissolution de la société.

1259. Les conséquences à induire de là, c'est d'abord que, vis-à-vis des créanciers sociaux, l'annulation de la société à la requête des associés donne lieu à une véritable liquidation. Les créanciers seront libres d'agir contre la société, comme ils pourraient agir contre elle si elle était encore debout et valable, une société dissoute, nous le verrons ultérieurement, étant censée subsister comme être moral pour les besoins de sa liquidation. Ils pourront de même, le cas échéant, agir contre les associés solidairement, et les condamnations obtenues contre la liquidation rejailliront contre ces derniers. Il leur sera permis, enfin, de poursuivre contre la société l'expropriation des biens communs, sans être tenus de poursuivre également les associés eux-mêmes. Tou-

tefois, nous supposons, dans tout ceci, les créanciers sociaux en présence de la société elle-même ou des associés, et rien, dans aucune de ces solutions, n'est préjugé quant à la situation et aux droits de ces créanciers vis-à-vis des créanciers personnels des associés. C'est là, encore une fois, un point réservé et dont nous aurons à nous occuper tout à l'heure (nos 1271 et suiv.).

1260. Revenons auparavant à une hypothèse déjà indiquée. Une société a été rendue publique; mais il y a une lacune ou une omission dans l'extrait publié par la voie de la presse. L'un des associés, usant de son droit, excipe de la nullité. Et les créanciers sociaux, qui pourraient se joindre à lui, estiment, au contraire, qu'il est de leur intérêt de résister à la demande, ou plutôt d'exiger que, dans leurs rapports avec les associés, la société soit considérée comme existante et valable. Seront-ils obligés, en ce cas, de subir la clause dont l'indication n'a pas été faite dans l'extrait publié, ou pourront-ils en faire abstraction et considérer comme non avenue cette clause que les publications n'ont pas révélée? La question ne saurait être résolue en termes absolus; elle comporte, en effet, une distinction que nous avons déjà fait pressentir (*suprà*, n° 1227). Certes, si l'omission portait sur l'une de ces clauses qui n'ont rien de restrictif ou de dérogatoire au droit commun, les créanciers sociaux seraient mal venus à prétendre n'en devoir pas tenir compte, bien que la mention en soit impérieusement exigée par l'article 57 de la loi de 1867. Par exemple, la publication est viciée en ce que l'extrait publié ne contient pas l'indication du siége social. Bien évidemment, les créanciers sociaux, qui admettent l'existence et la validité de la société, ne pourraient pas se dispenser, nonobstant la lacune de l'extrait publié, d'assigner devant les tribunaux de son domicile la société contre laquelle ils exerceraient une action.

Mais il en serait autrement si la clause omise avait un caractère restrictif et se trouvait en dehors de celles dont la mention est requise par les art. 57 et 58. Les tiers à la connaissance desquels elle n'a pas été légalement portée ne doivent à aucun titre en subir l'influence. Vainement dirait-on qu'ils sont en faute et tenterait-on de leur appliquer l'adage : *Quisque damnum ex suâ culpâ sentit, sintire non videtur.* Quand, ayant vérifié le contenu de l'extrait, ils se sont assurés qu'il contient toutes les énonciations décrites par la loi, ils ont fait ce que la prudence leur commande. C'est le tort des associés d'avoir passé sous silence dans la publication une clause qui, sur un point ou sur un autre, dérogeait au droit commun en matière de société; et n'y eût-il rien d'intentionnel dans ce tort, les créanciers sociaux n'en seraient pas moins fondés à dire que la clause omise ne leur est pas opposable. L'intérêt du crédit exige qu'il en soit ainsi, et cela non-seulement dans les rapports des associés avec les créanciers sociaux, mais encore dans les rapports de ces derniers avec les créanciers personnels des associés. Aussi est-il décidé, spécialement, que si les associés sont convenus, en s'associant, que la société ne serait obligée que par les engagements pris par eux tous, ou qu'il serait interdit à la société de souscrire des billets

autrement que pour achat de marchandises, ces conventions ne peuvent être opposées aux tiers qu'autant qu'elles ont été signalées dans la publication de l'acte de société (1).

VII. — 1261. Sur les effets de la nullité dans les rapports des associés avec leurs créanciers personnels, il y a moins à insister. Ces créanciers, nous l'avons vu, sont au nombre des *intéressés* auxquels, d'après les art. 7, 41 et 56 de la loi, il appartient d'invoquer la nullité de la société irrégulièrement constituée entre leurs débiteurs. Ils ont donc le droit de demander, *proprio nomine,* que la société soit annulée. Et ils y peuvent avoir un intérêt véritable, en ce que, par là, ils feraient rentrer dans le patrimoine de leur débiteur, où ils redeviennent leur gage, les biens que ce dernier en avait retirés pour les mettre en commun dans la société. En effet, le contrat de société étant censé n'avoir pas eu d'existence, les aliénations résultant des apports faits à la société sont rétroactivement anéanties, en sorte que les biens apportés rentrent dans le patrimoine des associés tels qu'ils y étaient au moment même où la société a été formée. Ajoutons que si, après la reprise des apports, il reste des valeurs acquises par la société pendant qu'elle a fonctionné, les ayants droit entre lesquels ces valeurs sont à partager devront être considérés non comme associés, puisque en droit il n'y a pas eu société, mais comme simples communistes. L'annulation, dans l'hypothèse actuelle, n'est pas l'équivalent d'une dissolution donnant lieu à une liquidadion dont les stipulations du pacte social formeraient les bases; elle supprime la société et ne laisse en présence que de simples communistes entre lesquels, dès lors, le partage doit être fait d'après les règles du droit commun.

Mais il peut arriver que les créanciers personnels qui provoquent la nullité aient intérêt à ce qu'il soit procédé autrement. Ainsi, une société a été formée dans laquelle Pierre a apporté son industrie dont l'exploitation est l'objet même de l'association, et, par ce motif, il a stipulé à son profit des avantages notables. La société, irrégulièrement constituée, a néanmoins prospéré; elle a un actif considérable. Les créanciers personnels de Pierre seraient évidemment intéressés, dans cette situation, à ce qu'il ne fût pas fait abstraction, pour le partage de cet actif, de stipulations sociales à la faveur desquelles une plus large part devrait être attribuée à leur débiteur. Or, ils auraient, à notre avis, un moyen d'obtenir que la liquidation et le partage fussent faits sur ces bases. Pour être investis de l'action directe à titre d'*intéressés* dans le sens des art. 7, 41 et 56 de la loi du 24 juillet 1867, ils ne sont pas dépouillés de l'action oblique dont tout créancier trouve le principe dans l'art. 1166 du Code civil. Tout créancier personnel pourrait donc, au lieu d'agir *proprio nomine,* demander la nullité de la société du chef de l'associé son débiteur. Et s'il prenait cette attitude, il se mettrait en réalité aux lieu et place du débiteur dont il exercerait les droits, en

(1) Voy. Douai, 21 mai 1840; Req., 16 août 1875 (S.-V., 75, 1, 455; *J. Pal.*, 1875, p. 1160; Dall., *Rép.*, v° Société, n° 833).

sorte qu'à vrai dire, c'est un associé qu'auraient devant eux les associés contre lesquels la nullité de la société serait demandée. Or, la nullité prononcée à la requête d'un associé est, au fond des choses, vis-à-vis des autres associés, l'équivalent de la dissolution, dans le cas au moins où les opérations faites en commun laissent un actif à partager, et conduit, par suite, à une liquidation qui ne peut être faite que sur les bases du pacte social. C'est ce que nous allons voir en nous occupant des effets de la nullité dans les rapports des associés entre eux.

VIII. — 1262. Par rapport aux associés, les effets de la nullité de la société irrégulièrement constituée varient suivant l'état des choses au moment où cette nullité est déclarée. Il faut distinguer, en effet, entre le cas où l'annulation a précédé tout fonctionnement de la société et celui où, quoique viciée dans sa constitution par l'inobservation de quelqu'une des prescriptions légales soit de forme, soit de fond, la société s'est mise à l'œuvre et a continué les opérations sociales jusqu'au jour où la nullité a été déclarée.

Dans le premier cas, il faut suivre et appliquer sans tempérament ni réserve la règle d'après laquelle ce qui est nul ne doit et ne peut produire aucun effet. Ainsi, une société se constitue, et, dès le début, il apparaît, soit qu'elle n'a pas été publiée, soit que le capital social n'est pas souscrit en totalité ou que le versement du quart n'est pas effectué; et avant que les opérations sociales soient commencées, un associé, ne voulant pas rester dans les liens d'un contrat que tout intéressé pourrait à chaque instant faire rompre, en fait lui-même déclarer la nullité. Il est évident qu'en ce cas, la convention de société est comme non avenue; et tout doit se passer comme s'il n'y eût jamais eu d'association. La Cour de Grenoble a jugé que l'acte constitutif d'une commandite, tant qu'il n'est pas publié, peut être annulé par les parties contractantes, sans que les créanciers de l'associé responsable puissent, pas plus que cet associé lui-même, contraindre les commanditaires au versement de leur mise (1). On peut aller plus loin encore. La société, tant qu'elle n'est pas publiée, reste à l'état de simple projet. Et dès lors, si, après avoir laissé passer le délai sans effectuer la publication, les associés ne manifestent par aucun acte de gestion l'intention de donner suite à la convention qui les avait unis, il est juste, la nullité étant demandée par l'un d'eux, que la société soit considérée comme n'ayant jamais existé. Tout actionnaire ou souscripteur aura donc le droit, non-seulement de ne pas verser sa mise, mais encore de se faire rembourser les sommes qu'il aurait versées; tout associé sera fondé à reprendre ses apports. C'est la solution nécessaire, comme rentrant seule exactement dans la pensée de la loi; et, dans leurs rapports entre eux, les associés ne sauraient s'en plaindre : d'une part, le demandeur a usé de son droit, puisqu'il est compris dans les *intéressés,* auxquels il appartient d'invoquer la nullité; et, d'une autre part, les défendeurs

---

(1) Grenoble, 29 janv. 1870 (S.-V., 70, 2, 217; *J. Pal.*, 1870, p. 900). *Comp.* Req., 6 nov. 1853 (S.-V., 53, 1, 618), et 12 janv. 1870 (Dall., 70, 1, 114).

à la demande en nullité ne sont pas *les tiers* auxquels le défaut d'aucune des formalités requises ne peut être opposé.

1263. Dans le second cas, la nullité n'a d'effet que pour l'avenir. Et c'est en ceci que la société nulle pour inaccomplissement de l'une des conditions nécessaires à sa constitution, se distingue de celle dont la nullité procéderait de ce qu'elle aurait une cause ou un objet illicite. Pour les sociétés illicites, la seule règle a suivre, nous l'avons établi plus haut en nous occupant des sociétés civiles, est celle qui s'induit de l'art. 1131 du Code civil, et, en conséquence, dans les rapports des associés entre eux, toute action ou répétition fondée *sur l'existence* de la société illicite doit être écartée, tandis qu'il y a lieu d'accueillir, au contraire, toute action en répétition ayant pour fondement la *nullité*, c'est-à-dire l'*inexistence* de la société (*suprà*, nos 51 et suiv.). Mais il en est autrement quant à la société dont la nullité tient à l'inaccomplissement des conditions et des formalités requises pour sa constitution. La société n'en doit pas moins être considérée, en ce cas et relativement au passé, spécialement en ce qui concerne les opérations auxquelles elle a donné lieu, comme ayant eu une existence de fait impliquant la nécessité de régler et de liquider les rapports respectifs qu'elle a créés entre les associés. Cette nécessité, d'ailleurs, est admise sans difficulté par la doctrine et par la jurisprudence : tous les auteurs et tous les arrêts déclarent que si la société nulle en principe ne peut plus avoir aucun effet dans l'avenir, le passé, néanmoins, lorsqu'elle a fonctionné nonobstant la nullité dont elle était affectée, doit être liquidé entre les associés. Mais sur quelles bases la liquidation sera-t-elle faite? C'est le seul point qui ait été mis en question.

1264. Toutefois, une solution est dominante en doctrine et en jurisprudence : c'est que, quant au passé, la société annulée est réputée simplement dissoute, en sorte que la liquidation et le partage, qui sont la conséquence nécessaire de la dissolution, doivent être opérés conformément aux stipulations de l'acte constitutif. C'était admis même pour certaines associations illicites; nous voulons parler de celles que la pratique, devançant la loi spéciale du 2 juillet 1862, avait imaginées pour l'exploitation des charges d'agent de change (1). La jurisprudence ne pouvait pas faire moins pour des sociétés parfaitement licites dans leur cause comme dans leur objet, et dont la nullité tient uniquement à l'inobservation de quelqu'une des prescriptions légales relatives à leur constitution. Aussi, les tribunaux n'ont-ils pas hésité à reconnaître que « la nullité ne peut empêcher qu'il ait existé pour le passé une communauté d'intérêts, licite en elle-même, créée par la libre volonté des parties, qui doit se régler et se liquider en prenant pour base leur commune intention, laquelle n'est et ne peut être que celle exprimée par le pacte social dont la communauté a été, en définitive, l'exécution pure

---

(1) Voy. les arrêts cités *suprà*, n° 57. *Junge :* Req., 31 mars 1869 (*J. Pal.*, 1869, p. 764; S.-V., 69, 1, 305).

et simple. » (1) Et, sauf l'opinion de M. Locré, qui est restée isolée, la doctrine est conforme.

A la vérité, bien des auteurs n'admettent la solution que pour le cas où la nullité est encourue pour défaut de publicité, et enseignent qu'il faudrait faire abstraction des statuts dans le cas de nullité pour inaccomplissement des conditions *intrinsèques,* essentielles à la constitution de la société. Les art. 56, 41 et 7 de la loi de 1867, d'après ces auteurs, s'appliqueraient à deux ordres d'idées et de faits bien différents. Selon l'art. 56, disent-ils, la société est valablement constituée, elle réunit toutes les conditions voulues pour son existence; il ne s'agit plus que de la faire connaître aux tiers, c'est-à-dire d'une condition *extrinsèque,* la formalité de la publication. Dans les art. 7 et 41, au contraire, la loi suppose qu'il y a absence de l'une des conditions essentielles à l'existence de la société. Aussi ces articles portent-ils que la société est *nulle* et *de nul effet* à l'égard des intéressés. Il s'agit donc bien d'une nullité radicale qui ne doit rien laisser subsister du contrat entre les associés. Le passé, comme l'avenir, s'y trouve compris. L'association de fait devra, par conséquent, être réglée d'après les principes de l'équité et non d'après les clauses d'un contrat qui n'a jamais existé (2). Mais cette distinction, qui d'ailleurs n'apparaît en aucune façon dans les décisions de la jurisprudence, n'a pas vraiment de raison d'être (3). La publicité requise par les art. 55 et 56 n'étant pas moins nécessaire à l'existence des sociétés revêtues de personnalité juridique que la réunion des mesures auxquelles se réfèrent les art. 7 et 41, il est vrai de dire qu'une société non publiée est une société nulle ni plus ni moins que celle qui serait formée sans l'accomplissement de l'une ou de l'autre de ces mesures. Il n'y a pas ici de degrés à établir; en toute hypothèse, le caractère de la nullité est le même; qu'il s'agisse de celle qu'édicte l'art. 56 ou de celle que prononcent les art. 7 et 41, c'est une nullité radicale, une nullité d'ordre public, et, dès lors, une nullité dont les effets sont et doivent être les mêmes. La dissemblance des textes, sur laquelle exclusivement repose la distinction proposée, ne saurait rien changer au fond des choses. Le législateur pouvait se borner à dire, dans les art. 7 et 41, que la société formée contrairement aux dispositions qui déterminent les conditions intrinsèques *est nulle;* il a cru devoir dire qu'elle *est nulle* et *de nul effet;* c'est une pure redondance, et la seconde

---

(1) Ce sont les expressions de l'arrêt de Paris, dont la décision a été maintenue par l'arrêt des requêtes du 7 juillet 1873, cité *suprà,* n° 1241. Voy., en ce sens, les arrêts de la Cour de cassation des 31 décembre 1844, 16 mars 1852, 16 mars 1859, 19 mars 1862, 29 nov. 1869 (Dall., 45, 1, 75; 62, 1, 408; 70, 1, 205; S.-V., 52, 1, 336; 60, 1, 889; 62, 1, 825; *J. Pal.,* 1862, p. 1086). *Junge :* Paris, 26 janv. 1855; Lyon, 27 juill. 1871 (Dall., 55, 2, 195; 71, 2, 141).

(2) Ainsi s'exprime M. Rivière (n° 68), dont l'avis, en ce point, est conforme à celui de MM. Bravard (*Soc.,* p. 155); Dalloz (*Rép.,* v° Sociétés, n° 1261); Romiguière (n° 71); Ameline (*Rev. prat.,* t. XXIV, p. 37); Mathieu et Bourguignat (n° 72); Bédarride (n° 156).

(3) Voy., en ce sens, MM. Alauzet (n° 473), Beslay et Lauras (n°s 628 et suiv.), Jules Dolez (*op. cit.,* p. 338 et 339).

expression n'ajoute rien à la première, puisque en thèse il est certain que ce qui est nul est de nul effet : *quod nullum est nullum producit effectum*. La formule des art. 7 et 41 n'a donc pas plus de portée que celle de l'art. 56, qui, tout simplement, exige la publicité *à peine de nullité*. Et dès qu'il est admis que la nullité résultant du défaut de publicité n'a pas d'effet rétroactif, et que si elle fait obstacle à la continuation de la société elle n'empêche pas qu'il ait existé dans le passé une communauté de fait, une association dont les opérations doivent être réglées et liquidées entre les associés, conformément aux stipulations du pacte désormais annulé, il n'y a pas de motif pour ne pas assigner les mêmes conséquences à la nullité résultant de l'inaccomplissement de quelqu'une des conditions intrinsèques.

Concluons donc qu'en toute hypothèse, les associés entre eux sont liés par le contrat quant aux opérations accomplies jusqu'au jour où l'annulation en est prononcée.

1265. Ainsi, quelle que soit la cause de la nullité, dès que la société a fonctionné, que des actes ont été accomplis en son nom, que des intérêts sont nés de son fonctionnement même, il y a lieu de liquider tout ce passé, et de prendre pour base de la liquidation toutes les stipulations du pacte social, sauf, bien entendu, celles qui seraient contraires à la loi ou illicites, et qui, par ce motif, devraient être laissées à l'écart (1). C'est que, dans les rapports des associés entre eux, la société, annulée pour inaccomplissement des conditions constitutives soit de forme, soit de fond, est à considérer, en général, comme ayant existé valablement jusqu'au jour où la nullité a été prononcée. Ainsi, la nullité déclarée est en réalité l'équivalent d'une dissolution; la suite et les effets doivent donc être exactement les mêmes que s'il s'agissait de la dissolution d'une société régulièrement formée et arrivée régulièrement à son terme. La Cour de Grenoble a jugé, sur ce fondement, que les immeubles acquis au nom d'une société commerciale par le gérant ne sont pas la propriété exclusive de celui-ci par cela seul que la société est nulle, mais qu'ils appartiennent aux associés dans les proportions déterminées par le pacte social, lequel, nonobstant la nullité de la société, n'a rien perdu de sa valeur comme indication de la volonté des parties contractantes (2). On déciderait également, sur ce fondement et par le même motif, que les bénéfices réalisés par la société pendant la durée de son existence provisoire sont à partager dans les proportions convenues entre les parties et constatées par l'acte de société, sans qu'il y ait à tenir compte de la valeur de leurs apports respectifs (3), et que les pertes doivent être supportées par chacun d'eux dans la mesure fixée.

1266. Ce sont là des conséquences qui se déduisent de la règle en quelque sorte d'elles-mêmes et qui peuvent être admises sans difficulté. Il y a plus de doute sur le point de savoir s'il faut aussi conclure de la

(1) Req., 22 nov. 1869 (Dall., 70, 1, 23; *J. Pal.*, 1870, p. 1 23; S.-V., 70, 1, 55).
(2) Grenoble, 11 juill. 1873 (S.-V., 73, 2, 202; *J. Pal.*, 187 3, p. 859).
(3) *Comp.* Rennes, 26 août 1837 (S.-V., 38, 2, 519).

règle que les apports sociaux sont devenus la propriété commune de la société, en sorte que les associés qui ont fait ces apports ne puissent pas demander ou être contraints à les reprendre dans l'état où ils se trouvent au moment où la nullité est prononcée. Toutefois, nous rattachant même sur ce point à la règle générale, nous tenons qu'il y a eu translation des apports à la société, et, en conséquence, qu'ils doivent, aussi bien que les valeurs acquises en commun, être compris dans l'actif à partager suivant les bases déterminées par l'acte de société. C'est ici le cas de dire, avec M. Troplong : « Puisqu'on est forcé par une irrésistible nécessité d'adopter la société comme fait, il faut prendre le fait dans sa plénitude; il ne faut pas le scinder capricieusement; il ne faut pas en accepter telle partie et en rejeter telle autre, qui a été un de ses éléments essentiels; sans quoi la bonne foi est blessée et l'on procure un profit injuste à celui qui n'est pas moins coupable que son adversaire pour n'avoir pas observé les formalités légales. » (1) Et, en effet, supposez une société formée entre un capitaliste qui apporte son argent et un ouvrier habile ou un industriel dont l'apport consiste dans son travail ou son industrie. Le fait seul de l'association ouvre, pour ce dernier comme pour son associé, deux sources distinctes de bénéfices : il a droit à sa part du gain réalisé chaque année, et, vienne la dissolution de la société, il aura droit de concourir au partage de tout ce qui constituera l'actif net, le fonds social, et d'y prendre sa part. Telle est la condition même du contrat. Mais la société était entachée de nullité pour inobservation de quelqu'une des formalités requises, et, après qu'elle a fonctionné durant quelques années, l'associé capitaliste excipe de cette nullité qui, dans ses rapports avec son coassocié, est l'équivalent de la dissolution. Il est évident que s'il lui était permis de reprendre, préalablement à la liquidation de la société annulée, la mise par lui effectuée en argent, il altérerait et pourrait même détruire, pour l'associé qui a donné son industrie, son travail et son temps à la société, ce droit au partage du fonds qui était l'un des éléments essentiels du contrat.

La thèse a été vainement contestée devant la Cour de cassation, à laquelle était déféré un arrêt conforme de la Cour de Riom. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une société formée entre le propriétaire d'un établissement thermal qui apportait, en toute propriété, cet établissement estimé au prix de 450 000 francs, et un capitaliste dont l'apport était de 225 000 francs en argent. Deux ans après, le capitaliste fit prononcer la nullité de la société pour défaut de publicité, et conclut à ce que son coassocié reprît l'établissement thermal dans l'état où il se trouvait, tandis qu'il reprendrait, lui, sa mise de 225 000 francs, et à ce que l'actif à partager ne comprît que les acquisitions faites en commun. Sans doute, disait-on devant la Cour de Riom saisie du débat, et ensuite devant la Cour de cassation, lorsque des rapports d'intérêt commun se sont établis entre les parties sur l'espérance ou la foi d'une asso-

(1) M. Troplong (*Soc.*, n° 249).

ciation irrégulièrement formée, il faut bien en apprécier et en régler les conséquences, parce qu'il ne serait pas juste que l'une des parties s'enrichît aux dépens de l'autre. C'est pourquoi l'acte annulé continue à faire la loi des parties quant à la proportionnalité dans la perte et dans le gain. Mais comment convient-il d'appliquer ces principes à la propriété d'un immeuble apporté en société? Les autres associés et la société, être moral, sont-ils devenus propriétaires de cet immeuble? Une transmission définitive de propriété s'est-elle accomplie? D'abord elle n'a pu s'accomplir qu'en vertu de l'acte de société qu'on annule. C'est dans l'acte seul que la société ou les associés individuellement ont dû puiser un droit de copropriété. Il ne s'agit pas là d'un simple fait : il s'agit d'un droit. Or, le titre qui fondait le droit de copropriété étant anéanti, l'associé se trouve n'avoir jamais cessé d'être seul propriétaire de son immeuble, et il doit le reprendre en nature, amélioré ou déprécié, sans que son amélioration ou sa dépréciation puisse nuire ou profiter à une société qui n'est réputée avoir subsisté que pour les opérations faites en commun et qui ont produit des pertes ou des gains (1). Mais ni la Cour de Riom, ni la Cour de cassation, ne se sont arrêtées à l'objection. Elles n'ont pas admis qu'il y eût à distinguer entre les apports sociaux et les acquisitions faites en commun. La nécessité d'une liquidation et d'un partage découlant non point de l'acte de société, qui est nul, mais de ce fait qu'une communauté d'intérêts, licite en elle-même et créée par la libre volonté des parties, s'est substituée à la société annulée, elles n'ont pas admis que cette communauté, qui s'applique incontestablement aux acquisitions et au résultat des opérations faites en commun, ne s'applique pas également aux apports sociaux. Et, en rejetant la prétention par ce motif (2), elles ont fait prévaloir cette idée, seule admissible en thèse générale, que, soit quant aux apports, soit quant aux acquisitions faites durant la communauté d'intérêts substituée à la société annulée, la liquidation à laquelle l'annulation donne lieu doit être faite conformément au pacte social, toujours subsistant, au moins comme indication de la volonté des parties.

1267. Aussi reconnaissons-nous que cette reprise préalable des apports, que nous n'admettons pas en principe, devrait, au contraire, être autorisée s'il apparaissait que les parties, qui se sont réunies en vue d'établir une société de gains et de pertes, ont entendu ne pas rendre communes leurs mises dans cette société. Ce sera là un point de fait à vérifier. Nous irons même plus loin, et volontiers limiterions-nous notre solution au cas où la société, annulée pour inobservation des prescriptions légales, aurait fonctionné pendant un certain temps au vu et su des associés. Que si la nullité était demandée et déclarée peu de temps après que l'œuvre sociale a été entreprise, il nous paraîtrait juste que les juges, s'inspirant de l'équité, permissent à chaque associé de rentrer dans la possession de son apport. Il ne faudrait pas, en effet,

---

(1) Voy., en ce sens, l'opinion de M. Alauzet (n° 387).
(2) Rej., 19 mars 1862 (Dall., 62, 1, 407; S.-V., 62, 1, 825; *J. Pal.*, 1862, p. 1086).

que la faculté laissée à tout associé de demander la nullité de la société irrégulièrement constituée pût devenir pour aucun d'eux la source d'un bénéfice illégitime. Elle aurait cet effet si un associé, par exemple celui qui aurait promis simplement son travail ou son industrie, pouvait, en excipant de la nullité dont la société serait entachée, l'arrêter à son début même, et, en la faisant annuler, exiger sa part dans les biens que ses coassociés auraient apportés à la société annulée. En un tel cas, la décision qui permettrait à ces derniers de reprendre leurs apports nous semblerait juste et inattaquable. Et c'est sans doute à un cas analogue que s'applique un arrêt de la Cour de Paris, d'après lequel la nullité prononcée pour défaut de publicité d'une société formée pour l'exploitation d'un brevet d'invention apporté par l'un des associés fait évanouir tous les droits des coassociés sur le brevet et en rend à l'inventeur la libre disposition (1).

Mais, en dehors des cas où il peut être permis de s'arrêter à cette solution qui ne saurait être étendue, la translation à la société de la propriété des apports, le partage, lors de la dissolution, de ces apports, avec les biens acquis en commun et le résultat des opérations sociales, sont dans les nécessités mêmes du contrat. Tout cela procède d'une règle générale propre à la convention. Et puisque l'annulation de la société pour inobservation des conditions constitutives laisse subsister, au moins pour le passé, les rapports établis entre les associés, le règlement de ce passé, ou la liquidation à laquelle elle donne lieu, doivent être opérés conformément à cette règle et suivant les conventions ou les clauses spéciales insérées par la volonté des parties dans l'acte de société.

1268. Ajoutons cependant, en terminant sur les effets de la nullité dans les rapports des associés entre eux, qu'il peut y avoir des clauses spéciales dont il n'y aurait à tenir aucun compte. De ce nombre sont, sans parler des clauses contraires à la loi ou illicites (*suprà*, n° 1263), celles qui créeraient des droits ou des obligations ne dérivant pas nécessairement de la société ou ne s'y rattachant en aucune manière. La Cour de cassation a jugé, en ce sens, que la nullité d'une société de commerce pour défaut de publication de l'acte de société entraîne la nullité de la clause pénale par laquelle les associés s'étaient interdit, sous peine de dommages-intérêts déterminés, la faculté de faire partie d'aucune autre association de même nature, et qu'ainsi on ne peut, après l'annulation de la société, se prévaloir de cette clause pénale contre les anciens associés qui y auraient contrevenu (2). A plus forte raison ne pourrait-on pas exciper de la clause des statuts par laquelle il serait interdit aux associés d'invoquer la nullité résultant de l'inaccomplissement des conditions constitutives. Une telle nullité étant d'ordre public, il est évident que toute clause tendant à paralyser dans

(1) Paris, 17 févr. 1837 (S.-V., 38, 2, 119; *J. Pal.*, 1837, t. I, p. 253; Dall., 38, 2, 81).
(2) Cass., 4 juill. 1853 (S.-V., 53, 1, 111; *J. Pal.*, 1856, t. II, p. 121; Dall., 53, 1, 5).

les mains des associés le droit qu'ils ont de l'invoquer doit être considérée comme non avenue. Donc l'associé qui, sans s'arrêter à l'interdiction, aurait fait prononcer la nullité de la société, ne serait passible d'aucun dommage, l'annulation de la société fût-elle la cause d'un préjudice pour ses coassociés : *Nulli querelæ subjectus est qui suo jure utitur* (1). Il a été décidé, dans cet ordre d'idées, que la nullité d'un acte de société commerciale pour défaut de publications légales entraîne la nullité de la clause de dédit stipulée dans l'acte pour le cas où l'un des associés voudrait se retirer de la société avant le terme convenu (2).

IX. — **1269.** Après avoir précisé les effets de la nullité dans les rapports des associés entre eux et dans leurs rapports soit avec leurs créanciers personnels, soit avec les créanciers de la société, nous avons, pour compléter nos observations sur ce point, à étudier des situations plus complexes qui se produisent fréquemment : nous voulons parler du cas notamment où les créanciers sociaux se trouvent en présence des créanciers personnels des associés, les uns et les autres ayant des intérêts différents et parfois contraires. Nous aurons aussi à dire quelques mots du cas où les créanciers sociaux eux-mêmes se mettent en conflit entre eux.

1270. A cet égard, une règle générale peut être posée et doit servir de guide pour la solution des difficultés que le cas ferait naître. Elle se dégage, d'ailleurs, nettement des principes dejà exposés et peut être formulée en ces termes : Tous ceux à qui le droit est accordé d'exciper de la nullité de la société peuvent l'invoquer avec effet à l'encontre des tiers, à moins que la loi ne restreigne entre leurs mains le droit qu'elle a conféré.

1271. Cela étant, si l'on met en présence des créanciers personnels et des créanciers sociaux ayant intérêt, les premiers à se prévaloir de la nullité, et les autres à tenir, au contraire, la société comme existante et valable, il n'est pas douteux que la nullité provoquée par les créanciers personnels, à l'encontre des créanciers sociaux, devra prévaloir. En effet, d'une part, ils sont au rang des *intéressés,* vis-à-vis desquels la loi déclare nulle la société irrégulièrement constituée; et, d'une autre part, ils peuvent provoquer la nullité en leur nom, et ne sont nullement, en la provoquant ainsi directement, aux droits des *associés*, les seuls qui, aux termes de la loi, ne puissent pas opposer aux tiers le non accomplissement des formalités requises (*suprà,* n°s 1250 et 1251). Ils tiennent donc de la loi un droit absolu, plein et entier. Et, en conséquence, à la différence des associés, leurs créanciers personnels peuvent opposer la nullité aux tiers qui ont traité avec la société et sont ses créanciers. — Il suit de là que, par rapport à eux, les biens qui appartenaient à la société sont à considérer comme appartenant aux associés individuellement, et que, les créanciers sociaux n'ayant plus de biens spécialement affectés à la garantie de leurs créances, perdent le droit de préfé-

(1) *Comp.* Rej., 3 mars 1846 (S.-V., 46, 1, 633).
(2) Voy. Paris, 23 déc. 1831 (S.-V., 32, 2, 57).

rence sur les biens sociaux que leur eût assuré l'existence ou la validité de la société (1).

1272. Ainsi, soit une société formée entre Primus, Secundus et Tertius. Les créanciers de Primus en font prononcer la nullité. Celui-ci reprendra ses biens tels qu'il les avait apportés à la société, puisque cette société est censée n'avoir pas existé et que les droits réels qu'elle aurait conférés sont anéantis rétroactivement. Quant aux biens acquis par la société pendant qu'elle a fonctionné, ils seront partagés entre les associés; et cette fois, comme il ne s'agit plus de régler les rapports des associés entre eux, on ne tiendra pas compte des conventions sociales, et la répartition sera faite proportionnellement à la valeur respective des apports. Vainement, pour éviter cette répartition et soustraire ainsi les biens acquis par la société à l'action des créanciers personnels de Primus, les créanciers sociaux opposeraient-ils que ces derniers n'ont dû jamais compter sur ce gage, lesdits biens n'étant pas entrés dans le patrimoine de leur débiteur. La vérité est qu'étant acquis par suite d'opérations faites en commun *ex re socii,* ils font partie du patrimoine de Primus au même titre que ses apports à la société. Sa part devra donc lui être faite, et, sur cette part, ses créanciers personnels viendront en concours avec les créanciers sociaux, lesquels, bien entendu, conservent aussi leurs droits au moins pour la portion de la créance que doit supporter Primus à raison de l'attribution à lui faite dans les biens de la société annulée.

En résumé, et en d'autres termes, cette conséquence de la nullité prononcée à l'encontre des créanciers sociaux, sur la demande des créanciers personnels, se précise dans une formule que la jurisprudence a consacrée, à savoir : que, dans ce cas, les créanciers personnels d'un associé ont le droit de concourir avec les créanciers de la société au même rang, au marc le franc, à la répartition de l'actif social (2). Et cette conséquence, qui est une rigoureuse déduction des principes, n'a rien dont l'équité puisse être blessée : les créanciers sociaux, qu'elle dépouille de leurs priviléges, sont en faute de ne s'être pas assurés de l'exact accomplissement des formalités avant de traiter avec la société.

1273. Mais après avoir perdu leur privilége, les créanciers sociaux conservent-ils au moins les actions qu'ils peuvent exercer contre les associés? Par exemple, supposons qu'il s'agisse d'une société en nom collectif valablement constituée; ses créanciers auraient pu agir contre elle, et, en outre, ils auraient eu un recours solidaire contre les associés. Mais la société est nulle, et la nullité en est prononcée à la requête d'un créancier personnel de l'un des associés. Les créanciers sociaux perdent par cela même le droit d'agir contre la société. Est-ce à dire que leur recours solidaire contre les associés soit également supprimé?

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de Rennes du 6 mars 1869, cité sous les numéros qui suivent.

(2) Voy. notamment Rej., 13 févr. 1855 (S.-V., 55, 1, 721; *J. Pal.*, 1856, t. I, p. 157; Dall., 55, 1, 308); Angers, 2 août 1865 (S.-V., 67, 2, 75; *J. Pal.*, 1867, p. 340; Dall., 66, 2, 189). — Voy. aussi Rennes, 6 mars 1869, cité sous le numéro qui suit.

La question a été portée devant la Cour de Rennes et y a été résolue affirmativement. La Cour a posé en thèse qu'à la société déclarée nulle sur la demande d'un créancier personnel avait survécu une communauté d'intérêts dont l'actif et le passif incombaient pour partie à chacun des associés, considérés désormais comme simples communistes par rapport aux créanciers sociaux et aux créanciers personnels en conflit. Et, ces prémisses établies, elle a conclu : d'une part, que les créanciers personnels de chacun des associés, sans distiction d'origine, devaient être admis à exercer leurs droits sur la portion de l'actif revenant à leur débiteur; d'une autre part, que les créanciers sociaux, perdant ainsi vis-à-vis des créanciers personnels leur droit de préférence sur le fonds social, ne pouvaient, par la même raison et à l'égard de ces mêmes créanciers, conserver l'action solidaire que leur eût assurée, contre les associés, une société régulièrement constituée (1).

1274. Sans contester précisément la solution, nous croyons cependant devoir en limiter la portée.

D'abord, elle ne serait pas applicable dans le cas où les créanciers sociaux ne seraient en présence que des associés eux-mêmes. La solidarité des associés protégerait les créanciers sociaux, à notre avis, même dans le cas où la société n'aurait pas été régulièrement établie (2), si, d'ailleurs, elle avait fonctionné publiquement comme société en nom collectif. Le vice de constitution, par exemple, l'absence d'acte écrit ou le défaut de publicité, que les associés ne peuvent pas opposer aux créanciers sociaux, aurait cet effet seulement qu'à une société nulle une société de fait se trouverait substituée. Et comme cette société, nous le supposons, a vécu et agi sous les apparences d'une société collective, il est naturel, juste et conforme à l'intérêt du commerce, qu'elle assure aux créanciers qui ont suivi sa foi les avantages et les prérogatives que leur eût offert une société en nom collectif régulièrement constituée. C'est le cas de rappeler la jurisprudence déjà signalée et de laquelle il résulte que si le défaut de publication d'une société en commandite n'autorise pas les créanciers sociaux à demander que la société soit considérée comme collective, de manière à faire déclarer les commanditaires solidairement responsables, il en est autrement lorsque la société a fonctionné publiquement comme société en nom collectif, en sorte que les tiers ont pu être trompés par l'apparence d'une société de fait existant entre les associés en nom collectif et les associés commanditaires (*suprà*, n° 1255).

Mais, en outre, même dans le cas où les créanciers sociaux sont en présence d'un créancier personnel qui a usé de son droit d'opposer le vice de constitution de la société et d'en demander la nullité, nous estimons, quant à nous, que la solidarité subsiste; seulement, elle est restreinte ou modifiée dans son exercice en raison même du profit que les créanciers personnels devront retirer de la nullité par eux requise. Or,

(1) Rennes, 6 mars 1869 (S.-V., 69, 2, 254; *J. Pal.*, 1869, p. 1009; Dall., 70, 2, 224).

(2) Voy. M. Rodière (*De la solid. et de l'ind.*, n° 251).

aux termes de la jurisprudence, nous venons de le voir, la nullité profite à ces créanciers, en ce sens qu'ils doivent être admis à concourir, avec les créanciers sociaux, sur la portion d'actif qui, dans la répartition, est faite à leur débiteur. Il faut donc admettre, à peine d'inconséquence comme le dit la Cour de Rennes, que le créancier personnel, venant ainsi en concours avec le créancier social, ne peut pas être exposé à perdre par l'effet de l'action solidaire de ce dernier, ce que la contribution lui donne dans la part de l'actif afférente à l'associé, leur débiteur commun. Mais restent les autres associés; et, vis-à-vis d'eux, il est évident que si le créancier social ne rencontre pas des tiers intéressés aussi à opposer la nullité, il aura son action solidaire qu'il pourra exercer dans les mêmes conditions et dans les mêmes termes que si la société avait été régulièrement constituée. Ainsi, soit une société composée de deux personnes, Primus et Secundus, dont le premier a une dette personnelle de 15000 francs envers Tertius. La société est grevée de dettes, notamment elle doit 15000 francs à Quartus, qui demande son payement. Le défaut de publication de l'acte de société est opposé par Tertius, créancier personnel de Primus, et la société annulée fait place à une communauté d'intérêts dont la liquidation fait ressortir un actif net de 20000 francs à partager, soit 10000 francs pour chacun des communistes. Quartus, créancier social, devra admettre le concours de Tertius sur les 10000 francs revenant à Primus, débiteur personnel de ce dernier, et comme, à l'égard de Tertius, qui en sa qualité de tiers intéressé est fondé à se prévaloir de la nullité, il n'est pas admis à exciper de la solidarité, il ne pourra demander que la moitié de sa créance de 15000 francs sur la part de Primus. Mais vis-à-vis de Secundus, qui, lui, est associé et qui par conséquent ne peut pas opposer la nullité, il aura son action solidaire et pourra, n'étant pas payé par la société, se retourner contre lui et lui demander le montant de sa créance, sauf déduction de ce qu'il en aura touché dans la contribution ouverte sur la part de Primus.

1275. On tranchera d'après le même principe le conflit qui pourrait s'élever entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés dans le cas où la société, irrégulièrement constituée, serait en état de cessation de payements. Nous avons vu plus haut que les créanciers sociaux peuvent, en ce cas, faire déclarer la société en faillite lorsqu'ils sont en présence des associés seulement (*suprà*, n° 1256). Il n'en est plus ainsi lorsqu'ils trouvent devant eux non plus les associés eux-mêmes, mais des créanciers personnels excipant de la nullité de la société. Un arrêt de la Cour de cassation est précis sur ce point. Dans l'espèce, un commerçant avait été mis en faillite. Peu après, quelques créanciers du failli poursuivent la déclaration de faillite du fils à raison de sa qualité d'associé de son père, et demandent la confusion des deux faillites. Alors interviennent, dans l'instance, un créancier hypothécaire et plusieurs autres créanciers personnels du fils, qui combattent la mise en faillite de leur débiteur, en se fondant sur ce que la société prétendue n'avait pas d'existence, n'ayant pas été publiée. La faillite n'en est pas

moins déclarée, par arrêt de la Cour d'Aix, avec confusion de celle du père et de celle du fils. Mais, sur le pourvoi, l'arrêt est cassé par ces motifs : « qu'une simple communauté de fait ne constituant pas une personne morale, on ne pouvait pas, *à l'encontre des créanciers personnels de N... fils, invoquant la nullité d'ordre public prononcée par l'art. 42 du Code de commerce* (56, loi de 1867), conclure d'une manière absolue de la faillite du père à la faillite du fils, faire de l'une la conséquence forcée de l'autre, leur attribuer la même date par simple corrélation, ni surtout confondre les deux faillites en une seule; que dès qu'il existait deux individualités distinctes, les faits propres à chacune de ces individualités devaient être vérifiés séparément, et que cette double vérification était indispensable alors surtout qu'en confondant ainsi les deux faillites et en faisant remonter de plein droit l'une à la date de l'autre, on arrive à compromettre les garanties hypothécaires données par le fils à ses créanciers personnels, qui pouvaient avoir contracté de bonne foi... » (1) C'est là une conséquence naturelle et nécessaire de ce principe, que la nullité d'une société irrégulièrement constituée est opposable aux créanciers sociaux par les créanciers personnels des associés. Dès que ces derniers usent de ce droit, la société qu'ils méconnaissent n'existe plus à leur égard, et les créanciers sociaux n'en peuvent plus invoquer l'existence contre eux pour obtenir, à la faveur de la déclaration de la faillite, que les biens personnels de chaque associé soient compris dans l'actif social à partager.

1276. Terminons par deux observations particulières. La première est relative au cas où, à la suite des actions intentées par les créanciers de la société, il se trouverait que l'un des associés eût supporté une part plus forte que les autres dans la dette commune. Il en pourrait être ainsi notamment dans l'hypothèse ci-dessus prévue où les créanciers ont contre ceux-ci l'action solidaire, tandis qu'ils ne peuvent réclamer à ceux-là qu'une partie de ce qui leur est dû par la société. Le cas échéant, il n'est pas douteux que ceux qui auraient supporté dans la dette une part supérieure à celle qui leur incombait d'après les conventions sociales auraient recours contre les autres et seraient admis à leur réclamer ce qu'ils auraient payé au delà de leur part contributoire. Nous avons vu, en effet, que si les clauses de l'acte social ne sont pas opposables aux tiers, elles subsistent en général, au contaire, et produisent leur effet entre les parties elles-mêmes.

1277. Notre seconde observation a trait au cas de conflit des créanciers sociaux entre eux. Jusqu'ici, nous avons supposé ces créanciers en présence des créanciers personnels des associés et en opposition avec eux. Mais il peut se faire que l'opposition se produise entre les créanciers sociaux eux-mêmes. Il en pourrait être ainsi, par exemple, dans l'hypothèse où la société aurait conféré à ceux-ci des hypothèques que ceux-là auraient intérêt à faire tomber. Dans ce cas, les uns tenant pour la nullité de la société, et les autres en soutenant l'existence, c'est la

---

(1) Cass., 24 août 1863 (S.-V., 63, 1, 486; *J. Pal.*, 1864, p. 95; Dall., 63, 1, 353).

prétention des premiers qui devra prévaloir. Chacun d'eux, en effet, a un droit propre à invoquer la nullité, et l'on ne saurait repousser l'action sous le prétexte que l'inaccomplissement des formalités ne peut pas être opposé aux tiers, puisque les *associés* sont les seuls auxquels cette exception soit opposable.

§ II. — DES RESPONSABILITÉS CIVILES RÉSULTANT DE LA NULLITÉ DE LA SOCIÉTÉ POUR INFRACTION AUX PRESCRIPTIONS RELATIVES A SA CONSTITUTION.

SOMMAIRE.

I. 1278. La loi crée des responsabilités pécuniaires dont l'annulation de la société, pour inaccomplissement des conditions constitutives, est la cause, et qui constituent la seconde des sanctions civiles. — 1279. La responsabilité, dès lors, n'est encourue qu'autant qu'il y a eu infraction aux prescriptions relatives à la constitution même de la société, — 1280. Et qu'au préalable, la nullité a été judiciairement prononcée pour cette cause. — 1281. Exceptions. — 1282. Transition et division.

II. 1283, 1284. Quant aux sociétés anonymes par actions, la loi de 1867 maintient, en les modifiant sur quelques points, les indications de celle de 1856 relativement aux personnes que la responsabilité peut atteindre. — 1285. Ainsi, d'après l'art. 8, sont ou peuvent être déclarés responsables : 1° les gérants qui, en manquant aux prescriptions de la loi, sont les auteurs mêmes de la faute; — 1286. 2° Les membres du conseil de surveillance, mais seulement ceux du *premier* conseil : renvoi; — 1287. 3° Les associés qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers, mais seulement pour le cas où l'annulation de la société résulterait du défaut de vérification et d'approbation des apports ou des avantages. — 1288. L'art. 8 ne prévoit pas le cas d'annulation pour défaut ou insuffisance de publication : quelle responsabilité serait encourue en ce cas et à qui incomberait-elle?

III. 1289. Quant aux sociétés anonymes, l'art. 42 de la loi de 1867 reproduit littéralement les dispositions de celle de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée. — 1290. Il fait aussi allusion, comme cette dernière loi, à deux nullités distinctes : celle de la société et celle de certains actes et délibérations. — 1291. Sont responsables *de la nullité de la société,* pour vice de constitution, les fondateurs, — 1292. Et ceux des associés dont les apports en nature ou les avantages particuliers n'auraient pas été vérifiés et approuvés. — 1293. Sont responsables, enfin, les administrateurs; toutefois ils sont responsables, à raison de la nullité de la société, seulement dans le cas où ils ont été nommés par les statuts dans les termes de l'art. 25, § 3. — 1294. *Secùs* s'ils ont été nommés par l'assemblée générale, conformément au § 1er de ce même article : dans ce cas, ils ne sont responsables que de la nullité résultant du défaut de publicité des actes et délibérations qui ont eu lieu pendant leur gestion : controverse. — 1295. *Quid* dans le cas, non prévu, de nullité de la société pour omission de publication?

IV. 1296. Caractères de la responsabilité. Elle est facultative en certains cas et obligatoire dans d'autres. — 1297. Elle est purement facultative pour les juges dans les sociétés en commandite par actions : application. — 1298. Elle est obligatoire, au contraire, dans les sociétés anonymes, mais seulement en tant qu'elle pèse sur les fondateurs ou sur les administrateurs. — 1299. Elle est solidaire parfois et parfois divisée : — 1300. Divisée dans les commandites par actions; — 1301. Solidaire dans les sociétés anonymes. Transition.

V. 1302. Elle oblige ceux qui en sont tenus envers les tiers et envers la société, c'est-à-dire vis-à-vis des créanciers et des actionnaires. — 1303. Mais de ce que la responsabilité est encourue envers les créanciers sociaux, s'ensuit-il qu'ils en doivent tous profiter? La question est liée à celle de savoir quelle est l'étendue de la responsabilité. — 1304, 1305. Dans les commandites par actions, l'obligation des personnes responsables est mesurée au dommage résultant de l'annulation de la société. — 1306. Dans les sociétés anonymes, la loi de 1867 s'abstient de fixer l'étendue de la responsabilité, dont elle se borne à poser le principe. — 1307. Elle doit, dès lors, être entendue dans le sens de la responsabilité de droit commun, soit vis-à-vis des créanciers, — 1308. Soit vis-à-vis des actionnaires.

I. — 1278. A côté de la nullité, sanction première et principale des prescriptions relatives à la constitution de la société, la loi édicte des

responsabilités pécuniaires dont la nullité est le principe et la cause, et qui constituent la seconde des sanctions civiles. Les règles à cet égard sont posées, par la loi du 24 juillet 1867 qui régit aujourd'hui les sociétés par actions, dans les art. 8 et 42, où sont reproduites, sauf quelques modifications que nous aurons à préciser, les dispositions de l'article 7 de la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions, et de l'art. 25 de celle du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée.

1279. Notons, avant d'aborder les détails, que les responsabilités dont il s'agit ici sont rattachées par la loi et inhérentes à la nullité résultant de l'inobservation ou de l'inacomplissement des conditions constitutives. Il suit de là qu'en principe, ces responsabilités ne sont encourues qu'autant qu'il y a eu infraction aux prescriptions ou à l'une des prescriptions relatives à la constitution même, à la *constitution primitive* de la société. Par exemple, dans les sociétés en commandite par actions, les membres du conseil de surveillance sont, comme nous l'allons voir, au nombre des personnes qui peuvent être déclarées responsables, et c'est une condition, dans ces sociétés, que préalablement à toutes opérations il soit établi un conseil de surveillance, le premier devant être nommé pour une année seulement (art. 5, *suprà*, n° 1049). Mais il arrive qu'à l'expiration de l'année, le conseil de surveillance n'est pas réélu, et que les membres du premier continuent leurs fonctions. Il y a certainement là infraction aux prescriptions de la loi. Cependant, ce n'est pas une cause de responsabilité, car la nécessité de renouveler le conseil à l'expiration du terme fixé ne tient pas à la *constitution primitive* de la société. Nous avons vu plus haut que, d'après la jurisprudence, le fait par les membres du conseil de surveillance de ne pas pourvoir à la réélection ou à leur remplacement après l'expiration de la première année ne tombe même pas sous le coup de la nullité édictée par l'art. 7 de la loi (*suprà*, n° 1050). Par cela même, et à plus forte raison, faut-il dire que ce fait ne saurait donner naissance aux responsabilités dont il s'agit ici. Sans doute, les membres du conseil pourront être déclarés responsables dans les termes du droit commun pour toutes les fautes ou les négligences qu'ils auraient commises pendant toute la durée de leurs fonctions. Mais de la responsabilité spéciale édictée par la loi à raison de la violation des prescriptions relatives à la constitution même de la société, il n'en saurait être question ici. Et c'est ce qui a été déclaré en termes exprès par la Cour de Lyon (1).

1280. En outre, il résulte du même principe qu'en thèse, il faut, pour que les responsabilités dont il s'agit ici puissent être appliquées, que la nullité de la société ait été préalablement prononcée par la justice pour infraction aux règles constitutives. La Cour de cassation l'a ainsi jugé, sous l'empire de la loi de 1856, en rejetant le pourvoi dirigé contre un arrêt conforme de la Cour de Bordeaux. L'art. 7 de cette loi, a-t-elle dit, « en donnant aux magistrats la faculté, suivant leur appré-

---

(1) Lyon, 24 juin 1871 (Dall., 71, 2, 188; *J. Pal.*, 1872, p. 468; S.-V., 72, 2, 94).

ciation, de déclarer les membres des conseils de surveillance responsables de l'inobservation du n° 2 de l'art. 1er (souscription de la totalité du capital et versement du quart), *subordonne l'exercice de cette faculté à la nullité de la société,* par application de l'art. 6. C'est donc à bon droit que l'arrêt a refusé d'appliquer la responsabilité autorisée par l'article 7 de la loi du 15 juillet 1856 aux membres du conseil de surveillance d'une société dont la nullité n'avait été ni prononcée ni même demandée. » (1) Il faudrait décider de même sous l'empire de la loi de 1867, l'art. 8 de cette loi ayant, comme l'art. 7 de celle de 1856, subordonné la responsabilité à la nullité de la société. Et vainement tenterait-on, pour échapper à la condition, de donner pour point d'appui à l'action, non point les dispositions de la loi spéciale, mais l'article 1382 du Code civil et l'existence d'un préjudice. La réponse est qu'au point de vue de l'art. 8 de la loi actuelle (7 de la loi de 1856), le préjudice n'existe réellement qu'autant que la nullité de la société est judiciairement déclarée.

1281. Toutefois, ceci comporte certaines exceptions. Ainsi, la nullité de la société pour inobservations des conditions intrinsèques auxquelles se réfèrent les dispositions de la loi qui édictent la responsabilité cesse d'être un préalable nécessaire, alors que la société a été déjà annulée pour une autre cause. La Cour de cassation a décidé que les juges saisis de la question de responsabilité, à raison de la fausse déclaration du gérant relative au versement du quart de chacune des actions souscrites, n'ont pas à prononcer la nullité de la société pour cette fausse déclaration si, dès avant l'action dirigée contre les membres du conseil de surveillance, la société a été annulée, par jugement passé en force de chose jugée, pour défaut des publications voulues par l'art. 42 du Code de commerce (55 et 56 de la loi de 1867) (2). Il suffit, en effet, dans ce cas, pour que la responsabilité puisse être appliquée, que la cause de nullité résultant de la constitution illégale de la société, à défaut du versement préalable du quart, existe réellement et concoure avec le fait de l'annulation de la société antérieurement prononcée et avec le préjudice causé aux souscripteurs d'actions.

Par identité de raison, on déciderait de même dans le cas où l'action en responsabilité serait engagée alors que la société aurait légalement pris fin, spécialement par la déconfiture ou la faillite. La responsabilité et l'annulation, a dit justement et en excellents termes la Cour de Lyon, « sont deux effets distincts, mais concomitants d'une même cause. Il serait contraire à la raison qu'un conseil de surveillance fût condamné comme responsable des irrégularités et des vices d'une société, tandis que cette société, nulle de plein droit, continuerait à fonctionner et à produire ses effets. L'intention de l'art. 7 de la loi de 1856 (8 de celle de 1867) a été d'empêcher cette anomalie de se produire. Mais la loi n'a pas voulu exiger des procédures inutiles et contraindre les intéressés

---

(1) Req., 9 juill. 1861 (Dall., 61, 1, 414; S.-V., 61, 1, 705; *J. Pal.*, 1861, p. 1039).
(2) Req., 12 avr. 1864 (*J. Pal.*, 1864, p. 730; S.-V., 64, 1, 169; Dall., 64, 1, 377).

à se pourvoir en annulation d'une société qui a fini par la déconfiture ou la faillite, et, par conséquent, a cessé d'avoir une existence légale. Dans cette hypothèse, la demande en nullité n'eût constitué qu'une procédure frustratoire, et il suffit, pour que l'action en responsabilité soit recevable, que les faits sur lesquels elle repose aient été commis en contravention aux dispositions de la loi, et qu'il soit reconnu et déclaré que la société était nulle et de nul effet, selon la prescription de l'art. 6 (7 de la loi de 1867)... » (1)

1282. Ces points précisés, nous avons à rechercher à la charge de qui la responsabilité est édictée, quels sont les caractères de cette responsabilité, envers qui les personnes déclarées ou pouvant être déclarées responsables sont obligées, et quelle est l'étendue ou la mesure de la responsabilité. Ce sont là les points principaux à résoudre. Nous les étudierons en nous occupant distinctement des sociétés en commandite par actions et des sociétés anonymes. Il existe, en effet, des différences assez nombreuses entre les deux sociétés quant à la responsabilité inhérente à la nullité.

II. — 1283. Pour les sociétés en commandite par actions, le principe avait été posé dans la loi du 17 juillet 1856. Aux termes de l'article 7, « lorsque la société est annulée aux termes de l'article précédent, les membres du conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables, *solidairement et par corps* avec les gérants, *de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination.* — La même responsabilité *solidaire* peut être prononcée *contre ceux des fondateurs* de la société qui ont fait des apports en nature ou au profit desquels ont été stipulés des avantages particuliers. » Le principe est reproduit dans la loi du 24 juillet 1867, par laquelle celle de 1856 est expressément abrogée (art. 20). Mais, en le maintenant par une disposition spéciale, la loi nouvelle y a introduit des changements notables qui constituent de réelles améliorations. L'art. 8, compris dans le titre premier relatif aux sociétés en commandite par actions, porte, en effet : « Lorsque la société est annulée aux termes de l'article précédent, les membres *du premier* conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables, avec les gérants, *du dommage résultant, pour la société et pour les tiers, de l'annulation de la société.* — La même responsabilité peut être prononcée *contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés* conformément à l'art. 4 ci-dessus. » Le simple rapprochement des deux textes suffit à montrer que, soit quant aux personnes déclarées responsables, soit quant au caractère et à l'étendue de la responsabilité, la loi actuelle, plus précise dans ses termes que celle à laquelle elle s'est substituée, a été aussi plus exacte et mieux en rapport avec la nécessité même des choses.

1284. Ainsi, d'après l'art. 8, sont ou peuvent être déclarés responsables les gérants, les membres du conseil de surveillance et ceux qui

---

(1) Lyon, 29 mars 1860 (S.-V., 60, 2, 366; *J. Pal.*, 1861, p. 181). *Comp.* Rej., 11 mai 1870 (*J. Pal.*, 1870, p. 1119; S.-V., 70, 1, 425; Dall., 70, 1, 401).

ont fait des apports en nature ou en faveur de qui ont été stipulés des avantages particuliers. Les mêmes indications étaient faites par l'art. 7 de la loi de 1856. Mais, en les reproduisant, la loi nouvelle les corrige par quelques modifications qui en précisent plus nettement la portée.

1285. Les gérants sont responsables. L'art. 8, par sa formule même, suppose leur responsabilité plutôt qu'il ne la déclare; et, en cela, il s'accorde avec l'art. 7 de la loi de 1856, dont, en ce point, la formule était la même. C'est qu'en effet la responsabilité des gérants n'avait pour ainsi dire pas à être déclarée. Si les prescriptions de la loi ont été méconnues, s'il y a eu un manquement qui a causé la nullité de la société, c'est à eux que la faute est directement imputable; car il leur incombe de pourvoir à l'accomplissement des conditions constitutives, si bien qu'il leur est interdit de commencer les opérations sociales avant que la société soit définitivement constituée (art. 1, 5 et 13). Auteurs de la faute, ils en doivent donc la réparation, en principe. C'est le droit commun, en sorte que, même en l'absence de toute indication dans la loi spéciale, la responsabilité leur serait applicable en vertu des principes généraux.

1286. En ce qui concerne les membres du conseil de surveillance, l'art. 8 est la sanction de l'art. 6. Or, ce dernier article prescrit spécialement *au premier* conseil de surveillance de vérifier, immédiatement après sa nomination, si toutes les dispositions de la loi relatives à la constitution de la société ont été observées. Donc, seuls avec les gérants, les membres *du premier* conseil de surveillance, auquel l'obligation est imposée, pourraient, la société étant annulée pour inaccomplissement des conditions constitutives, être soumis à la responsabilité. Et c'est ce que le législateur de 1867 a pris le soin de préciser dans l'art. 8, corrigeant et limitant ainsi la loi de 1856, dont l'art. 7, par sa trop grande généralité, donnait à penser que la responsabilité pouvait retomber indistinctement sur les membres de tous les conseils de surveillance qui se seraient succédé depuis la formation de la société (*suprà,* n° 1056).

1287. Enfin, quant à ceux qui auraient fait à la société des apports en nature ou au profit de qui des avantages particuliers auraient *été* stipulés, la formule nette et précise de la loi actuelle fait de l'art. 8, en ce point, une disposition à la fois plus générale et plus restreinte que ne paraissait l'être celle de l'art. 7 de la loi de 1856.

D'une part, à ne consulter que ses termes, l'art. 7 de la loi de 1856 impliquait l'idée que, pour être responsable, il ne suffisait pas d'avoir fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers; il fallait encore avoir la qualité de fondateur. Sans doute, un associé non fondateur qui aurait fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers n'échappait pas nécessairement à toute responsabilité en cas d'annulation de la société pour inobservation des prescriptions de la loi relatives à la vérification et à l'approbation des apports et des avantages : comme tout associé concourant à la formation d'une société irrégulière, il pouvait être déclaré responsable par application de l'art. 1382

du Code civil (1). Mais la responsabilité spéciale de l'art. 7 ne lui aurait pas été applicable, en ce que cette responsabilité semblait n'être encourue qu'autant que le fait de la stipulation d'apport ou d'avantage particulier concourait avec la qualité de fondateur en la personne de celui de qui elle était émanée. L'art. 8 de la loi actuelle a fait cesser l'équivoque : le mot *associé* y est substitué au terme fondateur; la disposition est ainsi généralisée, et il en résulte que, fondateur ou non, tout associé a pour devoir de veiller à ce que ses apports en nature ou ses avantages particuliers soient vérifiés et approuvés dans les termes et les conditions de l'art. 4, en sorte que, de même que les gérants et les membres du premier conseil de surveillance, sa responsabilité peut être engagée dans les termes de l'art. 8 s'il néglige de remplir ce devoir (*suprà*, n[os] 967 et 974).

D'une autre part, sous l'empire de la loi de 1856, on pouvait conclure des termes de l'art. 7 que, même quand les formalités de vérification et d'approbation avaient été régulièrement accomplies, ceux qui avaient fait l'apport en nature ou stipulé des avantages particuliers pouvaient néanmoins être déclarés responsables si la société venait à être annulée pour inaccomplissement de toute autre condition constitutive. A la vérité, c'était un point de controverse, et l'induction était contestée. La circonstance de l'apport en nature, disait M. Duvergier, la stipulation d'avantages particuliers, ont déterminé à prescrire certaines précautions. Ces précautions prises, ceux qui ont fait l'apport, ceux qui ont stipulé des avantages, rentrent dans la catégorie de tous les autres associés. On ne saurait admettre que la responsabilité les suit et peut les atteindre. Lorsque tout ce qui était exigé d'eux ou à cause d'eux a été fait, on ne conçoit pas une peine appliquée à celui qui a fait tout ce que la loi lui prescrivait (2). Mais, quelque raisonnable qu'elle fût, cette interprétation était contredite par un texte qui, sans distinction ni réserve aucune, soumettait les fondateurs, dans le cas donné, *à la même responsabilité* que les gérants et les membres du conseil de surveillance. Quoi qu'il en soit, l'art. 8 fait cesser l'équivoque encore sur ce point, et, spécialisant le cas, il dit que « la même responsabilité peut être prononcée contre ceux des associés *dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 4.* » Donc, quelque vicieuse que fût la constitution de la société, la nullité ne les exposerait à aucune responsabilité dès qu'elle n'aurait pas pour cause l'infraction aux dispositions de la loi relatives à la vérification et à l'approbation des apports ou des avantages.

1288. Il est à noter, sur l'indication de ceux dont l'annulation de la société peut engager la responsabilité, que l'art. 8 ne prévoit pas le cas où la nullité aurait pour cause le défaut ou l'insuffisance de publication. « Lorsque la société, y est-il dit, est annulée *aux termes de l'article précédent* », c'est-à-dire comme « constituée contrairement aux prescriptions

(1) *Comp.* Rej., 6 août 1862 (S.-V., 62, 1, 783; *J. Pal.*, 1862, p. 1083; Dall., 62, 1, 427); Req., 6 juill. 1870 (S.-V., 71, 1, 80; *J. Pal.*, 1871, p. 211; Dall., 71, 1, 13).

(2) Voy. M. Duvergier (*Coll. sur l'art. 7 de la loi de 1856*).

des art. 1, 2, 3, 4 et 5 », lesquelles prescriptions sont relatives à la division du capital et au taux des actions, à la souscription du capital et au versement du quart, à la déclaration du gérant, à l'acte de société et à sa forme, à la négociabilité des actions, à la vérification et à l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers, et à la nomination du conseil de surveillance. Il ne s'ensuit pas que, si la société était annulée aux termes des art. 55 et 56, c'est-à-dire pour inobservation des formalités prescrites en vue de la publication des actes de société, aucune responsabilité ne serait encourue. A défaut de la responsabilité spéciale édictée par l'art. 8, on pourrait appliquer le droit commun; et cette responsabilité irait atteindre ceux à qui, en raison de leurs fonctions, il incombait de remplir les formalités ou de veiller à leur accomplissement (1). Ainsi, seraient responsables, dans les termes du droit commun : les gérants d'abord, l'omission leur étant imputable; les membres du conseil de surveillance ensuite, leur mission spéciale étant de veiller à ce que les conditions, tant extrinsèques qu'intrinsèques, nécessaires à la constitution de la société, soient accomplies, et, au besoin, de réparer les erreurs ou les négligences qui auraient été commises (*suprà*, n[os] 1053 et suiv.).

III. — 1289. Quant aux sociétés anonymes, la loi de 1867 s'est approprié et a retracé les dispositions de celle du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, dont, par son art. 47, elle prononce l'abrogation. D'après l'art. 42, « lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent, les *fondateurs* auxquels la nullité est imputable, et les *administrateurs* en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires. — La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre *ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés* conformément à l'art. 24. » C'est la reproduction littérale de l'art. 25 de la loi du 23 mai 1863, si littérale même qu'il en est résulté une erreur de rédaction dont, à notre avis, il faut tenir compte, et que nous allons préciser avant d'indiquer les personnes sur qui doit peser la responsabilité.

1290. L'art. 42, on l'a vu, fait allusion à deux nullités distinctes, l'une qui atteint la société elle-même, l'autre qui frappe seulement certains actes et délibérations. « Lorsque la nullité *de la société* ou des *actes et délibérations,* y est-il dit, a été prononcée *aux termes de l'article précédent,* etc. » Or, en se reportant à l'article précédent, c'est-à-dire à l'art. 41, on aperçoit qu'il y est question uniquement de la nullité de la société pour vices de constitution, et nullement de la nullité *des actes et délibérations.* La référence de l'art. 42 à l'art. 41 est donc inexacte en ce point. Il n'en était pas ainsi de l'art. 25 de la loi de 1863, dont le législateur de 1867 a reproduit la formule. L'art. 24, auquel

---

(1) Voy. M. Lescœur (*Ess. hist. et crit. de la législ. des soc. comm.*, n° 308). *Comp.* M. Hipp. Sourdat (*op. cit.*, p. 141).

l'art. 25 se référait, contenait une double disposition. Après un premier paragraphe édictant la nullité de la société pour vices de constitution, venait un second paragraphe où était déclarée la nullité, pour défaut de publicité, *des actes et délibérations* ayant pour objet la modification des statuts, la continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, la dissolution avant ce terme et le mode de liquidation. En sorte que l'art. 25, qui, en établissant la responsabilité des fondateurs et des administrateurs, se référait à l'une et à l'autre de ces dispositions, avait pu dire et avait dit exactement : « Lorsque la nullité *de la société ou des actes et délibérations* a été prononcée *aux termes de l'art. 24...* »

Toutefois, l'inexactitude dans notre art. 42 n'est pas ce qu'elle paraît être. Il suffit, pour la préciser, de se reporter à l'historique de la loi. Dans le projet primitif, présenté au Corps législatif le 28 mars 1865, l'art. 41, qui portait le n° 37, contenait la double disposition de l'art. 24 de la loi de 1863, dont il était la reproduction textuelle (1). Dans le troisième projet, présenté le 3 mai 1867, la seconde disposition en était retranchée, et l'art. 37, devenu alors l'art. 41, ne contenait plus que la disposition relative à la nullité de la société pour vices de constitution (2). Dans l'intervalle, la détermination avait été prise de réglementer la matière de la publication des actes de société d'après un mode unique et applicable aux sociétés commerciales en général (*suprà,* n° 1107). Et la seconde disposition de l'art. 37 (41) du projet se rapportant aux formalités de publicité, on avait fait remarquer, dans les communications avec le conseil d'État, qu'il convenait de la renvoyer au titre IV, spécialement consacré à cette réglementation nouvelle de la publicité. C'est ce qui a eu lieu (3) : comme on l'a vu dans nos explications sur la publication des actes de société, la disposition fait l'objet principal de l'art. 61, qui soumet aux formalités et aux pénalités prescrites par les art. 55 et 56 les actes et délibérations visés dans le second paragraphe de l'art. 24 de la loi de 1863 (*suprà,* n°s 1186 et suiv.). La conséquence de ce nouvel état des choses pouvait être sans doute le retranchement, dans l'art. 42, des mots relatifs à la nullité *des actes et délibérations,* puisqu'il n'était plus question de cette nullité dans l'art. 41 auquel cet article renvoie. Mais le retranchement n'a pas été opéré. Les mots *actes et délibérations* restent donc dans le texte avec leur signification propre, celle qu'ils avaient dans la loi de 1863, dont les précédents montrent avec évidence que le législateur de 1867 a voulu reproduire la pensée en ce point. Il suit de là que la formule exacte de l'art. 42 serait celle-ci : « Lorsque *la nullité de la société* a été prononcée *aux termes de l'article précédent* (pour vices de constitution), ou celle *des actes et délibérations aux termes de l'art. 61* ci-après (pour défaut de publicité), les fondateurs auxquels

(1) Voy. le Commentaire de M. Tripier (t. II, p. 614).
(2) *Id.* (*ibid.*, p. 632).
(3) Voy. le Rapport de M. Mathieu (Tripier, t. I, p. 180).

la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables, etc...» Tel est le sens de l'art. 42 expliqué par son origine même. Il en faut tenir compte pour arriver à la juste application de cet article quant à la détermination soit des personnes qui, en matière de société anonyme, sont déclarées responsables de la nullité, soit des faits à raison desquels la responsabilité de chacune d'elles est engagée.

1291. D'après cela, sont responsables d'abord *les fondateurs* si la société vient à être annulée pour avoir été constituée contrairement aux prescriptions des art. 22, 23, 24 et 25, c'est-à-dire pour un vice de constitution résultant de l'inaccomplissement de l'une quelconque des conditions imposées par ces divers articles. La responsabilité est inhérente à la nullité de la société; elle est la conséquence directe, la conséquence même de cette nullité. Elle incombe donc naturellement aux fondateurs auxquels, selon l'expression de l'art. 42 lui-même, la nullité est imputable. La seule difficulté que l'on conçoive, en ce point, pourrait naître de ce que, pas plus dans cet article que dans l'art. 24 dont nous avons déjà parlé, le législateur n'a précisé le sens du mot *fondateur*. Mais il en a été donné une définition rappelée plus haut à propos de ce dernier article. Nous ne pouvons que nous y référer (*suprà*, n° 1127). Elle est confirmée, d'ailleurs, par la jurisprudence d'après laquelle sont fondateurs d'une société ceux qui créent l'entreprise, dressent les statuts, réunissent les premières assemblées et font appel aux capitaux. Mais on ne saurait assimiler aux fondateurs ni des actionnaires qui, postérieurement aux statuts, auraient pris des arrangements particuliers pour acquitter le montant de leurs actions autrement qu'en numéraire (1), ni même des personnes qui auraient seulement concouru à constater des souscriptions et des versements fictifs, sauf l'action en responsabilité personnelle qu'elles pourraient aussi avoir encourue (2).

1292. Sont également responsables ou peuvent être déclarés responsables, d'après l'art. 42, § 2, ceux des associés dont les apports ou les avantages particuliers n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 24. Mais, à la différence des fondateurs dont la responsabilité est engagée quel que soit le vice de constitution qui a motivé l'annulation de la société, ces associés ne peuvent être déclarés responsables qu'autant que la nullité de la société résulterait de l'inobservation des prescriptions de la loi relatives à la vérification et à l'approbation des apports ou des avantages. C'est l'application aux sociétés anonymes de la règle posée par l'art. 8 pour les sociétés en commandite par actions (*suprà*, n° 1287).

1293. Enfin, sont responsables les *administrateurs*. Toutefois, l'article 42 applique la responsablité seulement aux administrateurs *en fonctions au moment où la nullité a été encourue*. Dès lors, on ne conçoit guère qu'un seul cas dans lequel les administrateurs puissent être

---

(1) Amiens, 16 janv. 1875 (S.-V., 75, 2, 193; *J. Pal.*, 1875, p. 800).
(2) Paris, 28 mai 1869 (Dall., 69, 2, 147; S.-V., 70, 2, 69).

responsables à raison de la *nullité de la société* pour vice de constitution : c'est le cas posé dans le troisième paragraphe de l'art. 25, qui permet de désigner les premiers administrateurs par les statuts, avec stipulation formelle que leur nomination ne sera point soumise à l'approbation de l'assemblée générale (*suprà*, n° 1063). Ainsi nommés, les premiers administrateurs *sont en fonctions,* à vrai dire, dès l'origine même de l'affaire (comp. *suprà,* n° 1066, *in fine*), et, par conséquent, responsables de la nullité de la société dans les termes mêmes de l'article 42. A ce cas peuvent s'appliquer les observations présentées à l'appui de cet article par la commission du Corps législatif. « L'art. 42, est-il dit au rapport, impose la responsabilité de la nullité qu'il prononce (ou plutôt que prononce l'art. 41) aux fondateurs auxquels elle est imputable, et aux administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, les uns parce qu'elle est leur œuvre personnelle et directe, les autres parce que, pouvant l'empêcher, ils l'ont laissé commettre; et, par une conséquence légitime de cette faute commune, il prononce la solidarité contre tous envers les tiers qui peuvent en avoir souffert, sans préjudice du droit des actionnaires. » (1)

1294. Mais il en serait autrement en ce qui concerne les administrateurs nommés par l'assemblée générale dans les termes du paragraphe premier de l'art. 25. Ceux-là ne sont nommés qu'après l'accomplissement des conditions constitutives, ou, selon l'expression de la loi, *postérieurement à l'acte qui constate la souscription du capital social et le versement du quart du capital qui consiste en numéraire* (art. 25) ; leur nomination est le dernier des actes constitutifs, car la société n'est constituée qu'à partir de leur acceptation. Comment donc, si la société vient à être annulée à raison de l'inobservation des dispositions des articles 22, 23, 24 et 25, seraient-ils responsables d'une nullité *dont la cause est nécessairement antérieure à leur entrée en fonctions?* Le texte même de la loi y résiste.

Ce n'est pas ainsi, pourtant, qu'il a été entendu par nombre d'auteurs et même par la jurisprudence. La question s'est posée, devant la Cour de Paris et devant la Cour de cassation, sur l'art. 25 de la loi du 23 mai 1863, pour une société à responsabilité limitée régie par cette loi, dont la disposition, en ce point, est textuellement reproduite dans l'art. 42 de notre loi actuelle. La nullité, dans l'espèce, avait été prononcée pour infraction aux dispositions de l'art. 4, spécialement pour défaut de versement du quart du capital social avant la constitution de la société. Les administrateurs étant poursuivis en même temps que les fondateurs, la Cour de Paris a dit : « L'art. 25 *établit cumulativement la responsabilité solidaire des fondateurs et des administrateurs.* Pour savoir si ces derniers sont responsables, il faut uniquement constater s'ils sont en fonctions au moment où la nullité est encourue. Or, ce moment n'est pas celui où intervient la déclaration du versement du

(1) *Comment. législ.* de M. Tripier (t. I, p. 181).

capital faite par les fondateurs, mais celui auquel la société est constituée : ce n'est pas, en effet, la nullité de déclaration de versement, mais la nullité de la société qui est prononcée par la loi. Si le germe de cette nullité se trouve dans la déclaration inexacte des fondateurs, la cause déterminante est la constitution de la société avant le versement du quart du capital. La société ne peut pas être annulée avant d'avoir été constituée, et, aux termes de l'art. 6 de la loi du 23 mai 1863 (25 de la loi de 1867), elle n'est constituée qu'après l'acceptation par les administrateurs des fonctions qui leur sont confiées... » Telle est la thèse de la Cour de Paris, dont la décision, en ce point, a été maintenue par la Cour de cassation (1); et en elle aussi se résume l'argumentation des auteurs qui se prononcent en ce sens (2).

Qu'il nous soit permis de le dire, pourtant : dans notre pensée, cette thèse est absolument inexacte. Le point de départ en est erroné, et l'erreur dans les prémisses la fait aboutir, par une argumentation d'ailleurs un peu subtile, à d'inexactes déductions. La Cour de Paris affirme d'abord que « l'art. 25 de la loi de 1863 (42 de celle de 1867) établit *cumulativement* la responsabilité solidaire des *fondateurs et des administrateurs.* » Seulement, elle ne prend pas garde que, pour arriver à cette affirmation, elle a dû altérer le texte qu'elle croyait reproduire. « *La nullité de la société,* a-t-elle dit, entraîne, d'après ce texte, la responsabilité des fondateurs auxquels cette nullité est imputable *et des administrateurs* en fonctions au moment où elle a été encourue. » Ainsi, la Cour n'a fait état que de la responsabilité inhérente à la *nullité de la société* pour vices de constitution. Or, nous l'avons vu en expliquant l'art. 42 de la loi actuelle (25 de la loi ancienne) d'après son historique même, il y a quelque chose de plus dans cet article; il y est fait allusion à deux nullités distinctes, la nullité de la société pour vice de constitution, et la nullité, pour défaut de publicité, des actes et délibérations qui, au cours de la société, en viennent modifier les statuts ou changer le terme (*suprà,* n° 1290). La responsabilité dont ces nullités sont le principe et la cause est donc établie en conséquence. Et alors, il faut dire que, loin de confondre les fondateurs et les administrateurs *cumulativement* dans une responsabilité solidaire à raison de la nullité de la société, le législateur a disposé distinctement et distributivement, eu égard à l'une et à l'autre des deux nullités prévues, et de manière à ce que, soit les fondateurs, soit les administrateurs, ne fussent rendus responsables que de celle de ces nullités qui pourrait justement leur être imputée (3). En sorte qu'à vrai dire, il n'y a de commun à ces causes distinctes de responsabilité qu'un principe de droit, de raison et d'équité, à savoir : que s'agissant, en définitive, d'une

(1) Voy. Paris, 28 mai 1869; Cass., 27 janv. 1873, arrêts déjà cités *suprà,* n° 876.
(2) Voy. notamment MM. Griolet (*Note sur l'arrêt de la Cour de Paris,* Dall., 69, 2, 147); Boistel (*Précis,* p. 216); Bédarride (n° 483).
(3) *Sic :* MM. Mathieu et Bourguignat (n° 243), Alauzet (n° 556), Lescœur (*op. cit.,* n° 303). *Comp.* M. Rivière (n° 270).

sanction pénale, ceux-là seuls la peuvent encourir à qui serait imputable, soit dans l'un, soit dans l'autre cas, la faute ou la nullité à raison de laquelle elle a été édictée.

On comprend, d'après cela, qu'il n'y a pas à s'arrêter à l'argumentation laborieusement édifiée par laquelle la Cour de Paris et les auteurs qui en suivent la doctrine rattachent *à la nullité de la société* la responsabilité des administrateurs *en fonctions au moment où la nullité a été encourue*. Ce moment, dit-on, serait, non pas celui où s'est produit le fait qui vicie la constitution de la société, mais celui où la société est constituée; il y aurait, dans le vice de constitution, le *germe*, mais non pas la cause déterminante de la nullité; cette cause serait dans la constitution de la société nonobstant le vice qui l'affecte, en sorte que les administrateurs seraient nécessairement responsables, la société n'ayant pu être constituée qu'après acceptation par eux de leurs fonctions. Mais ce raisonnement, outre qu'il force par beaucoup de recherche le sens naturel d'un texte net et précis dans sa lettre, a le tort d'aboutir à cette conséquence nécessaire, que la société, eût-elle, quoique nulle en principe, fonctionné avec une longue suite d'administrateurs pendant dix, vingt, trente années, et n'eût-elle même été annulée qu'après sa dissolution (*suprà*, nos 1237 et 1240), il n'en faudrait pas moins remonter toujours *aux premiers administrateurs* pour trouver ceux que la responsabilité pourrait atteindre. Or, c'est précisément là ce que la loi n'a pas voulu. Et c'est ce qu'on évite en prenant le texte tel qu'il est, au lieu de confondre en une seule les deux nullités distinctement prévues.

Ainsi, d'une part, les fondateurs, et non les administrateurs, répondront de la nullité de la société pour inaccomplissement des conditions ou de l'une des conditions constitutives imposées par les art. 22, 23, 24 et 25. Les fondateurs seuls encourront la sanction, parce que c'est à eux qu'incombe l'obligation de pourvoir à l'accomplissement de ces conditions, comme elle incombe aux gérants dans les sociétés en commandite par actions. Dès lors, *la nullité leur est imputable,* selon l'expression de l'art. 42 lui-même, s'il y a manquement aux prescriptions de la loi. Quant aux administrateurs nommés par l'assemblée générale, ils sont hors d'atteinte en ce cas, parce que, quoi qu'on en puisse dire, la *cause* même de la nullité existe par le seul fait de l'inaccomplissement des conditions ou de l'une des conditions constitutives (souscription du capital, versement du quart, vérification des apports, etc.), et qu'à l'instant où ce fait s'est produit, les administrateurs n'étaient pas encore en fonctions.

D'une autre part, au contraire, c'est aux administrateurs seulement que s'applique la responsabilité inhérente à la seconde nullité prévue par l'art. 42, la nullité des actes et délibérations soumis par l'art. 61 aux formalités et aux pénalités prescrites par les art. 55 et 56. Les fondateurs, en ce cas, sont hors d'atteinte, parce que du jour où l'association a été constituée et fonctionne, leur mission a pris fin et a fait place à celle des administrateurs auxquels a désormais appartenu la gestion de la société. C'est donc à ces derniers qu'incombe la responsabilité.

Mais auxquels? A ceux *qui étaient en fonctions au moment où la nullité a été encourue*. C'est l'expression de la loi et, par là même, sa pensée se précise. Le législateur entend que si les formalités de la publicité avaient été omises ou incomplètes, en ce qui concerne des actes et des délibérations qui longtemps après l'établissement de la société en auraient, soit modifié les statuts, soit prolongé ou abrégé l'existence, on ne puisse, sous aucun prétexte, déclarer responsables ni les administrateurs nommés à l'origine par l'assemblée générale (les seuls pourtant qui pourraient être atteints dans le système de la Cour de Paris), ni même tous ceux qui auraient été successivement nommés jusqu'au jour où sont intervenus les délibérations ou les actes modificatifs. Ceux-là seuls verront leur responsabilité engagée qui étaient en fonctions au moment où la nullité a été encourue, parce qu'après tout c'est à eux seuls que la faute est imputable si les actes et délibérations en question sont annulés pour inobservation des formalités ou des mesures requises pour leur validité.

Telle est, à notre avis, la pensée vraie de la loi. Et, on ne saurait le méconnaître, l'explication a du moins cet avantage qu'elle tient compte du texte même dont elle maintient rigoureusement les termes sans en rien retrancher, et que, dans toutes les hypothèses, c'est exactement par l'imputabilité de la faute qu'y est déterminée l'application de la responsabilité.

1295. En terminant sur l'indication des personnes qui sont ou peuvent être déclarées responsables, il convient de faire remarquer que l'art. 42 à propos des sociétés anonymes, pas plus que l'art. 8 relatif aux commandites par actions, n'a prévu le cas où *la nullité de la société* résulterait de l'omission ou de l'insuffisance des formalités de publication. La responsabilité de droit commun serait encourue en ce cas. Et, de même que pour les sociétés en commandite par actions, cette responsabilité, en ce qui concerne les sociétés anonymes, irait atteindre ceux à qui, en raison de leurs fonctions, il incombait de pourvoir à ce que les formalités de publication fussent exactement observées. Ainsi, elle atteindra, cette fois, les *premiers administrateurs,* bien qu'elle ait pour cause la nullité de la société. Rappelons, en effet, que la loi donne, pour l'observation des formalités prescrites par les art. 55 et 56, un délai d'un mois avant l'expiration duquel la nullité de la société ne saurait être utilement demandée. Or, ce délai, en ce qui concerne les sociétés anonymes, ne commence à courir que *du jour de l'acceptation de leurs fonctions par les premiers administrateurs* (*suprà,* n° 1173). On ne pourrait donc pas alléguer, dans ce cas spécial, que la cause de la nullité était antérieure à la nomination des administrateurs.

IV. — 1296. Après ces indications touchant les personnes que peut ou que doit atteindre la responsabilité édictée tant par l'art. 8 que par l'art. 42 de la loi du 24 juillet 1867, il convient de préciser les caractères soit des dispositions qui établissent cette sanction, soit de la sanction elle-même.

Et d'abord, la responsabilité est-elle, d'après la loi, une suite néces-

saire des nullités auxquelles elle est rattachée? Non : il suffit de rapprocher les articles précités et de les comparer pour reconnaître que si les juges sont parfois obligés, la nullité de la société étant prononcée, d'admettre l'action en responsabilité dirigée contre ceux que la loi déclare responsables, ils peuvent aussi parfois prendre sur eux de la rejeter. C'est ce qui fait dire, en doctrine, que la responsabilité est tantôt facultative, tantôt obligatoire, pour le juge.

1297. Elle est facultative dans les sociétés en commandite par actions. « Lorsque la société est annulée aux termes de l'article précédent, dit l'art. 8, les membres du premier conseil de surveillance *peuvent être déclarés responsables* avec le gérant... La même responsabilité *peut être prononcée* contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés... » Sous ce rapport, l'art. 7 de la loi du 13 juillet 1856 était conçu dans les mêmes termes. Il était donc inexact sous cette loi, comme il serait inexact aujourd'hui, de dire qu'il n'y a de facultatif que la poursuite, mais que l'annulation de la société étant prononcée, les juges ne pourraient pas se dispenser de déclarer la responsabilité dont il n'y aurait plus à discuter que le chiffre (1). Les termes mêmes de la loi sont absolument exclusifs de cette interprétation. Il en résulte avec évidence, et cela d'ailleurs a été nettement expliqué en 1867 au Corps législatif, que ce qui est facultatif pour le juge, c'est l'application même de la responsabilité. « Qui sera responsable? est-il dit dans le rapport de la commission. Tous ceux qui, par manquement à leur devoir, sont constitués en faute, c'est-à-dire les membres du conseil et le gérant. Seulement, cette responsabilité, *elle n'est pas obligatoire,* si l'on peut ainsi dire, *mais simplement facultative.* Les tribunaux, *maîtres de l'appliquer ou non,* sont, comme le dit l'exposé des motifs, investis d'un pouvoir discrétionnaire... » (2)

Et ceci tranche, à notre avis, une question débattue entre quelques auteurs, et qui, à tort selon nous, a été posée comme question de doctrine. Il s'agit de savoir si la responsabilité des membres du conseil de surveillance serait engagée par l'effet de la nullité de la société résultant de ce que, contrairement aux prescriptions de l'art. 5, le gérant aurait commencé les opérations sociales avant la constitution définitive de la société, et, par conséquent, avant que ce conseil fût nommé. D'après M. Bédarride, le conseil entré en fonctions serait uniquement tenu, dès qu'il aurait connaissance d'opérations antérieures, de convoquer l'assemblée générale pour lui soumettre le fait, et l'assemblée générale pourrait même ne pas se prononcer pour la nullité de la société s'il aimait mieux décider que les opérations antérieures resteraient au gérant personnellement ou seraient au compte de la société. L'auteur induit de là que si, au contraire, l'assemblée se prononçait pour la nul-

(1) Voy. M. Romiguière (*Loi de 1856*, n°s 103 et 104; *Loi de 1863*, n° 159).
(2) Voy. le rapport de M. Mathieu (Tripier, t. I, p. 121). Voy. aussi Rej., 11 mai 1870 (*J. Pal.*, 1870, p. 1119; S.-V., 70, 1, 425; Dall., 70, 1, 401); Req., 8 mars 1876 (S.-V., 76, 1, 409; *J. Pal.*, 1876, p. 1051; Dall., 77, 1, 168).

Mais auxquels? A ceux *qui étaient en fonctions au moment où la nullité a été encourue*. C'est l'expression de la loi et, par là même, sa pensée se précise. Le législateur entend que si les formalités de la publicité avaient été omises ou incomplètes, en ce qui concerne des actes et des délibérations qui longtemps après l'établissement de la société en auraient, soit modifié les statuts, soit prolongé ou abrégé l'existence, on ne puisse, sous aucun prétexte, déclarer responsables ni les administrateurs nommés à l'origine par l'assemblée générale (les seuls pourtant qui pourraient être atteints dans le système de la Cour de Paris), ni même tous ceux qui auraient été successivement nommés jusqu'au jour où sont intervenus les délibérations ou les actes modificatifs. Ceux-là seuls verront leur responsabilité engagée qui étaient en fonctions au moment où la nullité a été encourue, parce qu'après tout c'est à eux seuls que la faute est imputable si les actes et délibérations en question sont annulés pour inobservation des formalités ou des mesures requises pour leur validité.

Telle est, à notre avis, la pensée vraie de la loi. Et, on ne saurait le méconnaître, l'explication a du moins cet avantage qu'elle tient compte du texte même dont elle maintient rigoureusement les termes sans en rien retrancher, et que, dans toutes les hypothèses, c'est exactement par l'imputabilité de la faute qu'y est déterminée l'application de la responsabilité.

1295. En terminant sur l'indication des personnes qui sont ou peuvent être déclarées responsables, il convient de faire remarquer que l'art. 42 à propos des sociétés anonymes, pas plus que l'art. 8 relatif aux commandites par actions, n'a prévu le cas où *la nullité de la société* résulterait de l'omission ou de l'insuffisance des formalités de publication. La responsabilité de droit commun serait encourue en ce cas. Et, de même que pour les sociétés en commandite par actions, cette responsabilité, en ce qui concerne les sociétés anonymes, irait atteindre ceux à qui, en raison de leurs fonctions, il incombait de pourvoir à ce que les formalités de publication fussent exactement observées. Ainsi, elle atteindra, cette fois, les *premiers administrateurs,* bien qu'elle ait pour cause la nullité de la société. Rappelons, en effet, que la loi donne, pour l'observation des formalités prescrites par les art. 55 et 56, un délai d'un mois avant l'expiration duquel la nullité de la société ne saurait être utilement demandée. Or, ce délai, en ce qui concerne les sociétés anonymes, ne commence à courir que *du jour de l'acceptation de leurs fonctions par les premiers administrateurs* (*suprà,* n° 1173). On ne pourrait donc pas alléguer, dans ce cas spécial, que la cause de la nullité était antérieure à la nomination des administrateurs.

IV. — 1296. Après ces indications touchant les personnes que peut ou que doit atteindre la responsabilité édictée tant par l'art. 8 que par l'art. 42 de la loi du 24 juillet 1867, il convient de préciser les caractères soit des dispositions qui établissent cette sanction, soit de la sanction elle-même.

Et d'abord, la responsabilité est-elle, d'après la loi, une suite néces-

suivie soit contre les fondateurs, soit contre les administrateurs. Il en serait autrement si elle était dirigée contre des associés qui auraient fait des apports ou stipulé des avantages sujets à vérification et approbation et qui n'auraient pas été vérifiés et approuvés. Cela résulte de l'art. 42 de la loi de 1867, lequel, en reproduisant littéralement, on le sait, l'art. 25 de la loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, dit, d'une part, que les fondateurs et les administrateurs « sont responsables », et, d'une autre part, que la responsabilité « peut être prononcée » contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés. Ainsi, en cas de nullité de la société pour vice de constitution ou des délibérations et des actes modificatifs pour défaut de publicité, les tribunaux ne peuvent pas se dispenser, s'ils reconnaissent l'existence d'une faute dommageable, d'accueillir l'action en responsabilité qui serait dirigée contre les fondateurs ou contre les administrateurs; à leur égard, la sanction est de droit. Mais, en cas de nullité de la société pour inobservation des prescriptions de la loi relatives à la vérification et à l'approbation des apports en nature ou des avantages particuliers, les associés auteurs des apports ou au profit de qui les avantages étaient stipulés pourraient être affranchis de toute responsabilité; l'application de la sanction est purement facultative en ce qui les concerne.

1299. En résumé, la loi de 1867 n'a fait que reproduire celles de 1857 et de 1863 touchant le caractère des dispositions qui édictent la responsabilité, en matière tant de commandite par actions que de société anonyme. Il n'en est pas de même en ce qui touche le caractère de la responsabilité elle-même. Elle n'emporte plus aujourd'hui, nécessairement et dans tous les cas, la solidarité entre ceux contre qui elle peut ou doit être prononcée. Il résulte, en effet, des art. 8 et 42 comparés, que si parfois la responsabilité est solidaire, parfois aussi elle est personnelle et peut être divisée.

1300. Par exemple, elle n'emporte pas nécessairement solidarité dans la société en commandite par actions. En ceci, l'art. 8 de la loi de 1867 corrige celle de 1856, dont l'art. 7, dans l'une de ses exagérations, portait que les membres du conseil de surveillance pouvaient être déclarés responsables *solidairement et par corps,* avec les gérants, et que la même responsabilité *solidaire* pouvait être prononcée contre ceux des fondateurs de la société qui avaient fait un apport en nature ou au profit desquels avaient été stipulés des avantages particuliers. En associant ainsi et d'une manière aussi étroite la responsabilité des membres du conseil de surveillance à celle des gérants, en les confondant les uns et les autres dans une pénalité commune, la loi méconnaissait évidemment la réalité des choses. Car si de la part du gérant dont la mission spéciale est de constituer la société l'inobservation des formalités constitutives implique ou peut impliquer une pensée de fraude, il est certain que de la part des membres du conseil de surveillance le manquement à leurs devoirs peut n'être et n'est le plus souvent que le résultat d'une simple négligence. L'art. 8 de la loi du 24 juillet 1867 a

lité, le conseil de surveillance ne pourrait pas être recherché en ce qu'il n'a été ni la cause ni l'occasion de cette nullité, et qu'il ne saurait répondre de ce qui s'est passé avant sa nomination (1). Suivant d'autres auteurs, dans le cas d'opérations antérieures à la constitution de la société, comme dans tous les autres cas énumérés par les cinq premiers articles de la loi de 1867, la nullité est d'ordre public, en sorte qu'il n'appartiendrait pas même à l'assemblée générale de prendre une décision dont l'effet serait de couvrir cette nullité. Et la conséquence, alors, si la nullité venait à être déclarée, serait la responsabilité des membres du conseil de surveillance que l'on rechercherait, en ce cas, « non parce qu'ils seraient la cause ou l'occasion de la nullité, c'est-à-dire les auteurs des opérations prématurément engagées, mais parce qu'ils n'auraient pas vu ce qu'ils devaient voir, et qu'ils auraient laissé les actionnaires ignorer un vice qui altérait radicalement la constitution de la société. » (2) — De cette dernière solution, nous admettons l'idée première, à savoir que, dans le fait par le gérant d'avoir commencé les opérations sociales avant la constitution de la société, il y a une nullité d'ordre public, et qui dès lors ne peut être couverte ni par exécution ni par ratification; c'est une infraction à l'une des prescriptions qui, d'après le texte précis de la loi, doivent toutes, sans exception ni réserve, être observées à peine de nullité. Mais nous n'admettons pas également, en thèse du moins, la conséquence tirée de ces prémisses. Et nous tenons qu'en supposant, dans cette seconde solution, que les membres du conseil de surveillance sont toujours responsables, on exagère la portée de la loi, de même que, dans la première, on méconnaît l'intention du législateur en décidant que leur responsabilité n'est jamais engagée. La vérité est qu'il y a là un point de fait à résoudre d'après les circonstances. S'il résulte de l'examen des faits que les membres du conseil, s'ils l'avaient voulu, auraient pu reconnaître que, contrairement aux prohibitions de la loi, le gérant n'avait pas attendu que la société fût définitivement constituée pour commencer les opérations de la société, il leur sera justement fait application de la responsabilité, dans le cas où la société serait annulée en raison de cette infraction : ce sera la peine de leur négligence. S'il en résulte, au contraire, que, même avec l'attention la plus vigilante, ils n'auraient pas pu reconnaître et constater l'existence de la contravention commise par le gérant, les tribunaux pourront, en vertu de leur pouvoir discrétionnaire, les exonérer de toute responsabilité. C'est la conséquence nécessaire de ce que la loi a entendu faire de la responsabilité, quant aux sociétés en commandite par actions, une sanction dont l'application est purement facultative pour les tribunaux.

1298. Au contraire, la responsabilité est obligatoire pour le juge, dans les sociétés anonymes, en tant du moins que l'action est pour-

(1) Voy. M. Bédarride (nos 182 et suiv.). *Comp.* MM. Dalloz (*Rép.*, vo Société, no 1241).
(2) Voy. MM. Beslay et Lauras (nos 653 et suiv.). *Comp.* M. Rivière (no 76).

suivie soit contre les fondateurs, soit contre [illegible]
serait autrement si elle était jugée [illegible]
les apports ou stipulé des avantages [illegible]
[illegible] n'auraient pas [illegible]
[illegible] de 1867 [illegible]

[illegible]

[illegible] es
[illegible] es-
[illegible] ans
[illegible] e la
[illegible] t pas
[illegible], bien
[illegible] tourner
[illegible] e comme
[illegible] termes des
[illegible] nitive, c'est
[illegible] créanciers et
[illegible] ux qui en sont
[illegible] s, qu'appartient
[illegible] it en état de fail-

lite, le syndic aurait qualité et serait recevable à intenter l'action au nom de la masse des créanciers. La jurisprudence est désormais fixée en ce sens. Le point a été contesté, néanmoins. Mais, la question s'étant élevée surtout à l'occasion des fautes ou des négligences commises pendant leur gestion soit par les administrateurs, soit par les gérants et les membres du conseil de surveillance, nous en renvoyons l'examen au titre suivant, où il est traité du fonctionnement des sociétés.

1303. Maintenant, de ce que la responsabilité est encourue vis-à-vis des créanciers sociaux, s'ensuit-il que la condamnation doive profiter à tous? La question s'est posée, pour une société à responsabilité limitée, sur l'art. 25 de la loi du 23 mai 1863, et se pose la même aujourd'hui sur l'art. 42 de la loi de 1867. Elle a été résolue affirmativement par l'arrêt déjà cité de la Cour de Paris, lequel juge que la responsabilité profite indistinctement à tous les créanciers de la société, soit qu'ils aient connu ou qu'ils n'aient pas connu la cause de la nullité, soit même qu'ils aient pris part aux actes qui l'ont entraînée (1). Il est à remarquer toutefois que, dans le système de l'arrêt, cette solution est liée à la question générale de savoir quelle est la mesure de la responsabilité. C'est parce que, selon la Cour de Paris, la responsabilité impliquerait obligation d'acquitter *toutes les dettes de la société,* et non pas seulement de réparer le dommage causé, que tous les créanciers sociaux indistinctement devraient être admis à profiter de la condamnation prononcée. Mais est-il vrai que la nullité de la société prononcée, soit aux termes de l'art. 7 (commandites par actions), soit aux termes de l'art. 41 (anonymes), entraîne une responsabilité aussi étendue? C'est ce qu'il nous reste à rechercher.

1304. La solution n'est pas douteuse en ce qui touche la responsabilité dans les sociétés en commandite, que, d'ailleurs, l'arrêt précité ne vise pas et qu'il n'avait pas à viser, puisqu'il s'agissait, dans l'espèce, d'une société à responsabilité limitée. En effet, nous avons ici le texte précis et positif de l'art. 8 de la loi de 1867, dont la disposition diffère notablement, sur le point en question, de celle de l'art. 7 de la loi du 17 juillet 1856. D'après ce dernier article, les membres des conseils de surveillance pouvaient être déclarés responsables *de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination,* ce qui, en réalité, tendait à les obliger *in infinitum,* comme et avec les gérants. C'était assurément un excès de rigueur; et, bien que la disposition trouvât une explication dans les circonstances au milieu desquelles intervenait la loi, dans la nécessité de réagir contre les abus de l'agiotage, elle n'en souleva pas moins les plus vives critiques. Elle dépasse le but, disait-on, car, par sa sévérité même, elle écarte des conseils de surveillance des hommes honorables et capables de servir utilement la société; elle est en outre souverainement injuste, car elle n'établit, au point de vue de la responsabilité, aucune différence entre les gérants, dont la faute est rarement exempte de fraude, et les surveillants, auxquels il n'y a

(1) Paris, 28 mai 1869 (Dall., 69, 2, 145; S.-V., 70, 2, 69).

presque jamais que des faits de négligence à reprocher. Les tribunaux *eux*-mêmes, s'associant en quelque sorte à ces critiques, arrivaient, par une véritable extension du pouvoir discrétionnaire qui leur était laissé par la loi de prononcer sur la responsabilité, à en limiter les effets, et même à les supprimer. Par exemple, la Cour de Toulouse, en déclarant les membres d'un conseil de surveillance responsables *des opérations faites postérieurement à leur nomination,* fixait arbitrairement la responsabilité *au quart* des sommes mises à la charge de l'ancien gérant (1). La Cour de Paris, allant plus loin encore, déclarait les membres du conseil de surveillance non responsables de la nullité de la société pour non souscription de l'entier capital et non versement du quart, sous le prétexte que cette infraction n'avait été pour rien dans la ruine de la société et que les pertes servant de base à la demande en responsabilité avaient leur unique cause dans les dilapidations des agents de la société (2). Et la Cour suprême ratifiait ces décisions en rejetant le pourvoi par ce motif, que les juges du fond « n'avaient fait qu'apprécier, *comme ils avaient le droit de le faire,* les circonstances de la cause et n'avaient violé aucune loi. » Les tribunaux en étaient ainsi venus, avec l'assentiment de la Cour de cassation, à substituer à une responsabilité absolue, qui, dans les termes de la loi, pouvait être encourue par le seul fait de l'annulation de la société pour vice de constitution, une responsabilité atténuée eu égard aux circonstances, et qui, même les vices de constitution étant reconnus et constatés, pouvait n'être pas appliquée s'il apparaissait que l'annulation de la société n'était pas la cause directe du dommage éprouvé. C'était, sans doute, corriger, dans l'application, un texte dont les rigueurs dépassaient la juste mesure; mais, on ne saurait le méconnaître, c'était aussi modifier la responsabilité dans son principe même tel qu'il était posé par la loi.

1305. Aujourd'hui, ces décisions seraient, au contraire, pleinement justifiées. Car, justement pour rentrer exactement dans les conditions de la justice et de l'équité, l'art. 8 de la loi du 24 juillet 1867 modifie dans son principe, aussi bien que dans ses effets, la responsabilité de ceux qu'il déclare pouvoir être soumis à cette sanction. A la responsabilité *de toutes les opérations faites postérieurement à la nomination du conseil de surveillance* il substitue la responsabilité *du dommage résultant, pour la société et pour les tiers, de l'annulation de la société*. Et, mettant par là à la place de la responsabilité extraordinaire édictée par la loi de 1856 une responsabilité de droit commun, spécialement celle qu'indique l'art. 1384 du Code civil, il confère précisément aux tribunaux ce pouvoir discrétionnaire qu'ils s'attribuaient, non sans quelque usurpation, sous cette dernière loi. En effet, de par la disposition explicite de l'art. 8, non-seulement les tribunaux sont maîtres aujourd'hui

(1) Toulouse, 13 avr. 1863, rapporté avec Req. 12 avr. 1864 (S.-V., 64, 1, 169; Dall., 64, 1, 577; *J. Pal.*, 1864, p. 730).
(2) Paris, 16 janv. 1863, avec Rej. 23 août 1864 (Dall., 64, 1, 367; S.-V., 65, 1, 177; *J. Pal.*, 1865, p. 409).

d'appliquer ou de ne pas appliquer la responsabilité comme conséquence de l'annulation de la société pour vices de constitution, mais encore, l'annulation étant prononcée pour cette cause, ils peuvent vérifier si ou non l'annulation a été dommageable pour les tiers, et même, dans le cas de dommage constaté, proportionner la réparation à l'importance du préjudice.

1306. La solution, à notre avis, ne serait pas plus douteuse pour les sociétés anonymes. Pas plus que l'art. 8, dont nous venons de préciser le caractère, l'art. 42, auquel il faut se reporter maintenant, n'a fixé l'étendue ou la mesure de la responsabilité; il en a simplement posé le principe. Deux nullités y sont distinctement visées (*suprà,* nº 1290); et il y est dit que, l'une ou l'autre de ces nullités étant prononcée, les fondateurs ou les administrateurs, ainsi que les associés qui n'ont pas fait approuver leurs apports, « *sont responsables* envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires.» Or, dire purement, simplement, sans aucune addition, que telles personnes sont responsables à raison d'un fait déterminé (au cas particulier la nullité de la société ou de certains actes et délibérations pour manquement aux prescriptions légales), c'est, dans le langage du législateur, se référer au droit commun, aux règles générales sur la prestation des fautes; et, par conséquent, c'était dire, dans l'espèce, que la nullité n'entraînerait la responsabilité que si elle avait causé un dommage et seulement dans la mesure du dommage qu'elle aurait causé.

Que telle ait été la pensée du législateur, on n'en saurait douter si l'on remonte à la loi du 23 mai 1863, spécialement à l'art. 25, dont notre art. 42 est la reproduction textuelle. Cet art. 25, qui, dans le projet soumis au Corps législatif portait le nº 12, exprimait formellement que, dans le cas d'annulation de la société, les administrateurs seraient « responsables solidairement et par corps, envers les tiers, *de la totalité des dettes sociales,* sans préjudice des droits des actionnaires.» Or, le Corps législatif n'admit pas cette extension de la responsabilité. On lui proposait, en définitive, d'appliquer, et même en termes plus compréhensifs, aux sociétés anonymes à responsabilité limitée, la disposition de la loi, alors en vigueur, du 17 juillet 1856, qui permettait de déclarer les membres des conseils de surveillance responsables *de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination.* Mais on sait de quel œil était vue cette disposition et comment, précisément à l'époque où intervenait la proposition, les tribunaux eux-mêmes, reculant devant une sanction dont la rigueur et même l'injustice étaient généralement reconnues, s'ingéniaient, par des interprétations plus ou moins arbitraires, à en atténuer ou même à en écarter l'application. Aussi l'article proposé ne passa-t-il dans la rédaction définitive que sauf retranchement de ces mots : « de la totalité des dettes sociales », en sorte que l'art. 25 ne contînt plus que la simple déclaration de responsabilité telle qu'on la retrouve dans l'art. 42 de la loi actuelle. A la vérité, les motifs qui ont déterminé cette importante modification de la rédaction primitive ne sont indiqués ni dans le rapport de la com-

mission de 1863, ni dans la discussion qui suivit. Néanmoins, à défaut de ces documents, dont le silence est dû probablement à un oubli du rapporteur, il y a le témoignage de M. Duvergier, qui, comme orateur du gouvernement au Corps législatif après avoir été rapporteur au conseil d'État, prit une part active à l'élaboration de la loi. Or, dans sa *Collection* annotée des lois, et à la date de celle du 23 mai 1863, il dit, sur l'art. 25 : « Le projet déterminait l'effet de la responsabilité à l'égard des tiers ; il déclarait que les administrateurs étaient tenus *au payement de la totalité des dettes*. Cette disposition a été modifiée *afin de laisser aux tribunaux le pouvoir de mesurer l'étendue de la responsabilité et de la proportionner au dommage qu'auront éprouvé soit les tiers, soit les associés*. » (1) Voilà bien précisée la pensée de la loi. Et comme il a été formellement exprimé dans la discussion de la loi actuelle que l'article 42 se référait à la disposition dont il est la reproduction, on peut conclure qu'en ce qui concerne le principe et les effets de la responsabilité inhérente à la nullité de la société pour vice de constitution, il n'y a nulle différence entre les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions; en d'autres termes, que la responsabilité édictée par l'art. 42, comme celle qu'édicte l'art. 8, n'oblige qu'autant que la faute a été dommageable et seulement dans la mesure du préjudice que cette faute a causé. C'est, d'ailleurs, l'avis dominant dans la doctrine (2).

1307. Mais la jurisprudence, il faut le dire, paraît fixée en sens contraire. Deux fois, la Cour de cassation a été appelée à se prononcer sur ce point : une première fois, dans une espèce régie par la loi de 1863 et sur le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour de Paris auquel il est fait allusion plus haut (n° 1305); une seconde fois, dans une espèce soumise à la loi actuelle de 1867 et sur un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Bordeaux. Et, dans les deux circonstances, la chambre civile, en rejetant les pourvois sur ce point, a décidé que les fondateurs et administrateurs d'une société annulée pour vices de constitution sont responsables envers les tiers *de la totalité des dettes sociales,* et non pas seulement du préjudice réellement causé aux tiers par l'annulation de la société (3). Les deux arrêts, motivés dans les mêmes termes, se bornent à dire « que les fondateurs et administrateurs *auxquels la nullité de la société est imputable* (4), en étant déclarés par la loi responsables

(1) M. Duvergier (*Collect.*, année 1863, p. 387).

(2) Voy., outre l'avis déjà cité de M. Duvergier, rapporteur de la loi de 1863 au conseil d'État, la dissertation de M. Mathieu, rapporteur de la loi de 1867 au Corps législatif, dans une consultation à laquelle ont adhéré MM. Demolombe, Carel et Valette. Voy. aussi MM. Vavasseur (n° 343, et *le Droit* du 8 novembre 1874), Bédarride (n° 479), Mathieu et Bourguignat (n° 243), Alauzet (n° 557), Romiguière (*Loi de 1863*, n°s 159 et suiv.), Sourdat (*Tr. de la resp.*, 4e édit., n° 1250), Boistel (*Pr. du cours de droit comm.*, p. 216), Lescœur (*op. cit.*, n° 307). *Junge* la note-dissertation insérée aux Recueils S.-V., 76, 1, 361, et *J. Pal.*, 1876, p. 873.

(3) Rej., 27 janv. 1873 et 13 mars 1876 (S.-V., 73, 1, 163; 76, 1, 361; *J. Pal.*, 1873, p. 383; 1876, p. 873; Dall., 73, 1, 331; 77, 1, 49). Voy. aussi Req., 2 juill. 1073 (S.-V., 73, 1, 306; *J. Pal*, 1373, p. 765; Dall., 74, 1, 50). *Junge :* MM. G. Griolet (Dall., 69, 2, 145, aux notes), Rivière (n° 274), Lombard (*op. cit.*, p. 140).

(4) La loi, art. 42, parle des administrateurs *en fonctions au moment où la nullité a été encourue,* et nullement des administrateurs *auxquels la nullité de la société est*

envers les tiers, il s'ensuit qu'ils se trouvent ainsi substitués à l'êtr moral, qui, par leur faute ou leur négligence, est reconnu n'avoir pa d'existence légale, et sont tenus des mêmes obligations; qu'ainsi, le juges du fond n'ont pas fait une fausse application de la loi en les dé clarant responsables de la totalité des dettes sociales. » On ne peut pas cependant, ne pas reconnaître qu'il n'y a rien moins qu'une démonstra tion dans ces laconiques motifs. La question, en effet, est de savoir s *toutes les dettes sociales* tombent à la charge de ceux qui ayant caus la nullité de la société par leur faute ou par leur négligence sont, au termes de la loi, responsables de cette nullité. Or, dire que ceux par qu la responsabilité est ainsi encourue ***sont substitués à la société annulé et, par suite, tenus des mêmes obligations,*** c'est tout simplement affir mer ce qui est en question.

Le même laconisme ne saurait être reproché aux arrêts des Cours de Paris et de Bordeaux, dont la Cour suprême a confirmé la décision. La thèse, en effet, y est longuement et soigneusement développée. La Cour de Paris notamment, qui a eu la première à statuer, semble s'être pro posé d'épuiser la question; et, bien qu'elle ait méconnu elle-même la véritable portée de son système en restreignant la responsabilité des administrateurs et même des fondateurs aux dettes antérieures à leur démission acceptée (1), on peut dire qu'elle a produit à l'appui de ce système un ensemble de motifs susceptibles, au premier aperçu, de faire illusion. La Cour dit, en premier lieu, que l'obligation au paye ment de la totalité des dettes, certaine d'après le projet soumis au Corps législatif en 1863, n'a pas cessé d'être certaine après la modifica tion de la rédaction primitive, en ce que l'on désigne habituellement sous la qualification d'***associé responsable*** l'associé qui est personnelle ment tenu de tous les engagements sociaux, et que l'article définitif, en déclarant les administrateurs solidairement responsables sans rien ajou ter à cette expression, doit être réputé l'avoir employée dans son accep tion la plus étendue. — La Cour ajoute que cette interprétation est con firmée tant par la différence des termes dont se sert l'art. 25 (42 de la loi de 1867) pour déterminer le droit des tiers et celui des actionnaires, que par le rapprochement de cet article avec l'art. 27 (44 de la loi de 1867); qu'en effet, d'une part, après avoir dit que les administrateurs sont responsables envers les tiers, l'art. 25 (42) ajoute : « sans préju dice des droits des actionnaires », d'où il suit que les uns et les autres n'ont pas des droits égaux; que, d'une autre part, l'art. 27 (44) déclare les administrateurs responsables, conformément au droit commun, des infractions aux dispositions de la loi et des fautes qu'ils auraient com mises dans leur gestion, et que l'art. 25 (42) serait superflu s'il ne fai sait que consacrer la même responsabilité de droit commun pour une

---

imputable. C'est donc inexactement que la Cour applique aux administrateurs ce que la loi ne dit que des fondateurs. En cela, elle est conduite par son système, qui con fond les fondateurs et les administrateurs dans une responsabilité commune et soli daire. Mais nous avons montré que tout autre est le système de la loi (*suprà*, n° 1296).

(1) Son arrêt a été cassé sur ce point. Voy. l'arrêt précité du 27 janvier 1873.

faute particulière. — Enfin, pour motiver la différence dans les effets des responsabilités édictées par la double disposition, la Cour avance qu'en matière commerciale, il est de principe que tout associé qui traite avec les tiers s'oblige personnellement; que les administrateurs des sociétés anonymes ne sont exonérés de cette responsabilité qu'en vertu d'un texte précis et par suite d'une faveur particulière; mais que si cette faveur est acquise à toute société régulièrement formée, il en est autrement dans le cas où, la société n'ayant pas accompli les formalités exigées pour sa constitution, la nullité en est prononcée; qu'il ne reste plus alors qu'une société de fait régie par les règles du droit commun et dont les membres ne sauraient réclamer aucun privilége. Tels sont, en résumé, les motifs produits à l'appui du système.

Or, en y regardant de près, on verra que pas un ne résiste à l'examen. Le premier, d'abord, est sans valeur même aux yeux des auteurs qui se prononcent en faveur du système (1). En lui-même, en effet, il a quelque chose d'étrange. Comment! on soumet au Corps législatif une proposition dans laquelle les effets de la responsabilité sont nettement étendus à tout le passif social : « Les administrateurs sont responsables *de la totalité des dettes sociales* »; le Corps législatif, retranchant ces derniers mots, dit simplement : « Les administrateurs sont responsables »; et la dernière rédaction serait tout aussi compréhensive que la première! Cela, certainement, ne va pas de soi-même; l'affirmation est de celles qui ont besoin d'être justifiées. Et quelle est la justification qu'on en donne? C'est que l'associé, personnellement tenu de tous les engagements sociaux, est habituellement désigné sous la qualification d'*associé responsable*. Soit! Mais il n'est pas dit, dans l'art. 42, que, dans le cas prévu, les fondateurs et les administrateurs deviennent des *associés responsables;* il y est dit simplement qu'ils *sont responsables :* en sorte que la question reste entière de savoir si la responsabilité édictée est une responsabilité exceptionnelle s'étendant à tout le passif social, ou une responsabilité ordinaire limitée seulement au dommage causé. — Serait-elle tranchée, comme on le suppose dans le second motif, par les termes différents dont se sert l'art. 42 pour *déterminer* le droit des tiers et celui des actionnaires, et aussi par le rapprochement de cet article et de l'art. 44? En aucune façon. D'un côté, l'art. 42 ne *détermine* rien quant à la mesure des droits soit des tiers, soit des actionnaires; il constate et décide que les uns et les autres ont des droits. Et, en cela, il contient une pure et simple application aux sociétés anonymes de la disposition écrite dans l'art. 8 pour les sociétés en commandite par actions. Ce dernier article exprime que les membres du conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables des dommages résultant, « *pour la société* (c'est-à-dire les actionnaires) *ou pour les tiers* », de l'annulation de la société. L'art. 42 exprime la même idée sous une autre forme : il réserve le droit des actionnaires après avoir consacré celui des tiers. Et il y avait nécessité de statuer ainsi pour qu'on ne pût

(1) Voy. MM. G. Griolet et Lombard (*loc. cit.*).

lité, le conseil de surveillance ne pourrait pas être recherché en ce qu'il n'a été ni la cause ni l'occasion de cette nullité, et qu'il ne saurait répondre de ce qui s'est passé avant sa nomination (1). Suivant d'autres auteurs, dans le cas d'opérations antérieures à la constitution de la société, comme dans tous les autres cas énumérés par les cinq premiers articles de la loi de 1867, la nullité est d'ordre public, en sorte qu'il n'appartiendrait pas même à l'assemblée générale de prendre une décision dont l'effet serait de couvrir cette nullité. Et la conséquence, alors, si la nullité venait à être déclarée, serait la responsabilité des membres du conseil de surveillance que l'on rechercherait, en ce cas, « non parce qu'ils seraient la cause ou l'occasion de la nullité, c'est-à-dire les auteurs des opérations prématurément engagées, mais parce qu'ils n'auraient pas vu ce qu'ils devaient voir, et qu'ils auraient laissé les actionnaires ignorer un vice qui altérait radicalement la constitution de la société. » (2) — De cette dernière solution, nous admettons l'idée première, à savoir que, dans le fait par le gérant d'avoir commencé les opérations sociales avant la constitution de la société, il y a une nullité d'ordre public, et qui dès lors ne peut être couverte ni par exécution ni par ratification; c'est une infraction à l'une des prescriptions qui, d'après le texte précis de la loi, doivent toutes, sans exception ni réserve, être observées à peine de nullité. Mais nous n'admettons pas également, en thèse du moins, la conséquence tirée de ces prémisses. Et nous tenons qu'en supposant, dans cette seconde solution, que les membres du conseil de surveillance sont toujours responsables, on exagère la portée de la loi, de même que, dans la première, on méconnaît l'intention du législateur en décidant que leur responsabilité n'est jamais engagée. La vérité est qu'il y a là un point de fait à résoudre d'après les circonstances. S'il résulte de l'examen des faits que les membres du conseil, s'ils l'avaient voulu, auraient pu reconnaître que, contrairement aux prohibitions de la loi, le gérant n'avait pas attendu que la société fût définitivement constituée pour commencer les opérations de la société, il leur sera justement fait application de la responsabilité, dans le cas où la société serait annulée en raison de cette infraction : ce sera la peine de leur négligence. S'il en résulte, au contraire, que, même avec l'attention la plus vigilante, ils n'auraient pas pu reconnaître et constater l'existence de la contravention commise par le gérant, les tribunaux pourront, en vertu de leur pouvoir discrétionnaire, les exonérer de toute responsabilité. C'est la conséquence nécessaire de ce que la loi a entendu faire de la responsabilité, quant aux sociétés en commandite par actions, une sanction dont l'application est purement facultative pour les tribunaux.

1298. Au contraire, la responsabilité est obligatoire pour le juge, dans les sociétés anonymes, en tant du moins que l'action est pour-

---

(1) Voy. M. Bédarride (n°s 182 et suiv.). *Comp.* MM. Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 1241).
(2) Voy. MM. Beslay et Lauras (n°s 653 et suiv.). *Comp.* M. Rivière (n° 76).

suivie soit contre les fondateurs, soit contre les administrateurs. Il en serait autrement si elle était dirigée contre des associés qui auraient fait des apports ou stipulé des avantages sujets à vérification et approbation et qui n'auraient pas été vérifiés et approuvés. Cela résulte de l'art. 42 de la loi de 1867, lequel, en reproduisant littéralement, on le sait, l'art. 25 de la loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, dit, d'une part, que les fondateurs et les administrateurs « sont responsables », et, d'une autre part, que la responsabilité « peut être prononcée » contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés. Ainsi, en cas de nullité de la société pour vice de constitution ou des délibérations et des actes modificatifs pour défaut de publicité, les tribunaux ne peuvent pas se dispenser, s'ils reconnaissent l'existence d'une faute dommageable, d'accueillir l'action en responsabilité qui serait dirigée contre les fondateurs ou contre les administrateurs; à leur égard, la sanction est de droit. Mais, en cas de nullité de la société pour inobservation des prescriptions de la loi relatives à la vérification et à l'approbation des apports en nature ou des avantages particuliers, les associés auteurs des apports ou au profit de qui les avantages étaient stipulés pourraient être affranchis de toute responsabilité; l'application de la sanction est purement facultative en ce qui les concerne.

1299. En résumé, la loi de 1867 n'a fait que reproduire celles de 1857 et de 1863 touchant le caractère des dispositions qui édictent la responsabilité, en matière tant de commandite par actions que de société anonyme. Il n'en est pas de même en ce qui touche le caractère de la responsabilité elle-même. Elle n'emporte plus aujourd'hui, nécessairement et dans tous les cas, la solidarité entre ceux contre qui elle peut ou doit être prononcée. Il résulte, en effet, des art. 8 et 42 comparés, que si parfois la responsabilité est solidaire, parfois aussi elle est personnelle et peut être divisée.

1300. Par exemple, elle n'emporte pas nécessairement solidarité dans la société en commandite par actions. En ceci, l'art. 8 de la loi de 1867 corrige celle de 1856, dont l'art. 7, dans l'une de ses exagérations, portait que les membres du conseil de surveillance pouvaient être déclarés responsables *solidairement et par corps,* avec les gérants, et que la même responsabilité *solidaire* pouvait être prononcée contre ceux des fondateurs de la société qui avaient fait un apport en nature ou au profit desquels avaient été stipulés des avantages particuliers. En associant ainsi et d'une manière aussi étroite la responsabilité des membres du conseil de surveillance à celle des gérants, en les confondant les uns et les autres dans une pénalité commune, la loi méconnaissait évidemment la réalité des choses. Car si de la part du gérant dont la mission spéciale est de constituer la société l'inobservation des formalités constitutives implique ou peut impliquer une pensée de fraude, il est certain que de la part des membres du conseil de surveillance le manquement à leurs devoirs peut n'être et n'est le plus souvent que le résultat d'une simple négligence. L'art. 8 de la loi du 24 juillet 1867 a

entendu, sans aucun doute, tenir compte de la différence. Et, dans cette pensée, il n'a parlé ni de la contrainte par corps (ce qui allait de soi-même, puisque, à peu près à la même date, le 22 juillet 1867, cette voie d'exécution avait été abrogée), ni de la solidarité; il y est dit simplement que les membres du premier conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables avec le gérant, et que la même responsabilité peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports et les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 4. Donc, en principe, ces responsabilités diverses sont divisées et non solidaires (1).

Cependant, il ne faut pas se méprendre : de ce qu'il n'est pas parlé de la solidarité dans l'art. 8, il ne s'ensuit pas que les membres du conseil de surveillance ne puissent pas être déclarés responsables solidairement soit entre eux, soit même avec les gérants. La doctrine et la jurisprudence, sur lesquelles nous aurons à revenir plus complétement dans le titre suivant en nous occupant de la responsabilité des fautes commises pendant le fonctionnement de la société (art. 9), tiennent, au contraire, que les juges peuvent prononcer la solidarité, sinon en vertu d'une disposition spéciale des lois de la matière, au moins par application des règles du droit commun, quand il s'agit d'un quasi-délit indivisible et auquel tous ont participé (2).

1301. Mais, dans les sociétés anonymes, c'est en vertu de la loi spéciale elle-même et de ses dispositions précises que la responsabilité emporte solidarité. L'art. 42 (25 de la loi de 1863) exprime formellement que les *fondateurs* et les *administrateurs* sont *solidairement* responsables, et que la même responsablité *solidaire* peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés. Sur ce, deux observations.

En ce qui concerne les associés qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers, il est à remarquer que, d'après cet art. 42, la responsabilité inhérente à la nullité de la société pour défaut de vérification et d'approbation emporte, dans les sociétés anonymes, solidarité entre les associés qu'elle atteint, tandis que, bien qu'inhérente au même fait exactement, elle n'emporte plus solidarité, d'après l'art. 8, dans les sociétés en commandite par actions. La différence est au moins singulière; elle est difficilement explicable, et l'on peut douter que le législateur y ait songé et s'en soit rendu compte en l'établissant. Quoi qu'il en soit, elle est de peu d'importance au fond. Car, d'une part, les associés dont il s'agit pourraient être astreints à la solidarité, dans les commandites, par application de ces règles de droit commun sur le quasi-délit indivisible, que nous rappelions tout à

(1) Voy. Bourges, 10 mars 1869 (S.-V., 71, 2, 255; *J. Pal.*, 1871, p. 828).

(2) Cass., 14 août 1867 (S.-V., 67, 1, 401; *J. Pal.*, 1867, p. 1079); Rej., 17 févr. 1868 (S.-V., 1, 261; *J. Pal.*, 1868, p. 643); Req., 17 juill. 1876 (Dall., 77, 1, 135; S.-V., 76, 1, 407; *J. Pal.*, 1876, p. 1048); Caen, 16 août 1864 (S.-V., 65, 2, 33; *J. Pal.*, 1865, p. 217); Lyon, 24 juin 1871 (S.-V., 72, 2, 94; *J. Pal.*, 1872, p. 468). Voy. aussi MM. Mathieu et Bourguignat (n° 77), Vavasseur (n° 229), Alauzet (n° 478), Beslay et Lauras (n° 676), Sourdat (p. 139 et 140).

l'heure; et, d'une autre part, ils en pourraient être affranchis dans les *sociétés* anonymes, la responsabilité n'y étant que facultative au moins à leur égard (1).

En ce qui concerne les fondateurs et les administrateurs, on comprend, d'après ce que nous avons dit plus haut (nos 1293 et 1294), que, contrairement à l'avis dominant dans la doctrine et dans la jurisprudence, nous n'admettons pas que, sauf le cas de désignation des administrateurs par les statuts de la société, ils soient solidairement liés entre eux par une responsabilité commune. Ils encourent les uns et les autres, nous l'avons vu, des responsabilités distinctes à raison de faits différents; et c'est distinctement aussi que, selon nous, ils seraient astreints à la solidarité. Ainsi, les fondateurs seraient responsables solidairement entre eux de la nullité *de la société* pour inaccomplissement des conditions constitutives. Et, de leur côté, les administrateurs seraient responsables, solidairement aussi entre eux, de la nullité, encourue pendant leur gestion, *des actes et délibérations* qui, au cours de la société, en seraient venus modifier les statuts, en proroger ou en abréger l'existence.

Il reste à dire envers qui la responsabilité oblige ceux qui en sont tenus et dans quelle mesure elle les oblige.

V. — 1302. La loi indique par son texte les personnes envers lesquelles la responsabilité est encourue ou à qui elle profite. D'une part, l'art. 8, qui, en ce qui concerne les sociétés en commandite par actions, admet, avec la responsabilité nécessaire des gérants, la responsabilité facultative (pour les juges) des membres du premier conseil de surveillance, et, dans un cas spécial, celle des associés qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers, porte qu'ils sont responsables du dommage résultant, *pour la société et pour les tiers,* de l'annulation de la société. D'une autre part, l'art. 42, en édictant, pour les sociétés anonymes, la responsabilité solidaire des fondateurs, des administrateurs et de ceux des associés qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages, dit qu'ils sont responsables *envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires.* Ainsi, l'action en responsabilité n'appartient pas à tous ceux qui, comme *intéressés* dans le sens des art. 7 et 41, auraient le droit de provoquer la nullité de la société irrégulièrement constituée. Et, en effet, on ne comprendrait pas que, par exemple, le gérant d'une société en commandite pût, bien qu'il soit considéré comme *intéressé* (*suprà,* n° 1247), se retourner contre les membres du conseil de surveillance et les poursuivre comme responsables d'une nullité dont il est l'auteur principal. Les termes des art. 8 et 42 sont plus limitatifs; il s'en induit qu'en définitive, c'est vis-à-vis des tiers et de la société, c'est-à-dire envers les créanciers et envers les actionnaires, que la responsabilité oblige ceux qui en sont tenus. C'est aux créanciers et aux actionnaires, dès lors, qu'appartient l'action en responsabilité. D'ailleurs, si la société était en état de fail-

(1) C'est l'observation de M. Lescœur (*op. cit.*, n° 304, à la note).

lite, le syndic aurait qualité et serait recevable à intenter l'action au nom de la masse des créanciers. La jurisprudence est désormais fixée en ce sens. Le point a été contesté, néanmoins. Mais, la question s'étant élevée surtout à l'occasion des fautes ou des négligences commises pendant leur gestion soit par les administrateurs, soit par les gérants et les membres du conseil de surveillance, nous en renvoyons l'examen au titre suivant, où il est traité du fonctionnement des sociétés.

1303. Maintenant, de ce que la responsabilité est encourue vis-à-vis des créanciers sociaux, s'ensuit-il que la condamnation doive profiter à tous? La question s'est posée, pour une société à responsabilité limitée, sur l'art. 25 de la loi du 23 mai 1863, et se pose la même aujourd'hui sur l'art. 42 de la loi de 1867. Elle a été résolue affirmativement par l'arrêt déjà cité de la Cour de Paris, lequel juge que la responsabilité profite indistinctement à tous les créanciers de la société, soit qu'ils aient connu ou qu'ils n'aient pas connu la cause de la nullité, soit même qu'ils aient pris part aux actes qui l'ont entraînée (1). Il est à remarquer toutefois que, dans le système de l'arrêt, cette solution est liée à la question générale de savoir quelle est la mesure de la responsabilité. C'est parce que, selon la Cour de Paris, la responsabilité impliquerait obligation d'acquitter *toutes les dettes de la société,* et non pas seulement de réparer le dommage causé, que tous les créanciers sociaux indistinctement devraient être admis à profiter de la condamnation prononcée. Mais est-il vrai que la nullité de la société prononcée, soit aux termes de l'art. 7 (commandites par actions), soit aux termes de l'art. 41 (anonymes), entraîne une responsabilité aussi étendue? C'est ce qu'il nous reste à rechercher.

1304. La solution n'est pas douteuse en ce qui touche la responsabilité dans les sociétés en commandite, que, d'ailleurs, l'arrêt précité ne vise pas et qu'il n'avait pas à viser, puisqu'il s'agissait, dans l'espèce, d'une société à responsabilité limitée. En effet, nous avons ici le texte précis et positif de l'art. 8 de la loi de 1867, dont la disposition diffère notablement, sur le point en question, de celle de l'art. 7 de la loi du 17 juillet 1856. D'après ce dernier article, les membres des conseils de surveillance pouvaient être déclarés responsables *de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination,* ce qui, en réalité, tendait à les obliger *in infinitum,* comme et avec les gérants. C'était assurément un excès de rigueur; et, bien que la disposition trouvât une explication dans les circonstances au milieu desquelles intervenait la loi, dans la nécessité de réagir contre les abus de l'agiotage, elle n'en souleva pas moins les plus vives critiques. Elle dépasse le but, disait-on, car, par sa sévérité même, elle écarte des conseils de surveillance des hommes honorables et capables de servir utilement la société; elle est en outre souverainement injuste, car elle n'établit, au point de vue de la responsabilité, aucune différence entre les gérants, dont la faute est rarement exempte de fraude, et les surveillants, auxquels il n'y a

(1) Paris, 28 mai 1869 (Dall., 69, 2, 145; S.-V., 70, 2, 69).

presque jamais que des faits de négligence à reprocher. Les tribunaux eux-mêmes, s'associant en quelque sorte à ces critiques, arrivaient, par une véritable extension du pouvoir discrétionnaire qui leur était laissé par la loi de prononcer sur la responsabilité, à en limiter les effets, et même à les supprimer. Par exemple, la Cour de Toulouse, en déclarant les membres d'un conseil de surveillance responsables *des opérations faites postérieurement à leur nomination,* fixait arbitrairement la responsabilité *au quart* des sommes mises à la charge de l'ancien gérant (1). La Cour de Paris, allant plus loin encore, déclarait les membres du conseil de surveillance non responsables de la nullité de la société pour non souscription de l'entier capital et non versement du quart, sous le prétexte que cette infraction n'avait été pour rien dans la ruine de la société et que les pertes servant de base à la demande en responsabilité avaient leur unique cause dans les dilapidations des agents de la société (2). Et la Cour suprême ratifiait ces décisions en rejetant le pourvoi par ce motif, que les juges du fond « n'avaient fait qu'apprécier, *comme ils avaient le droit de le faire,* les circonstances de la cause et n'avaient violé aucune loi. » Les tribunaux en étaient ainsi venus, avec l'assentiment de la Cour de cassation, à substituer à une responsabilité absolue, qui, dans les termes de la loi, pouvait être encourue par le seul fait de l'annulation de la société pour vice de constitution, une responsabilité atténuée eu égard aux circonstances, et qui, même les vices de constitution étant reconnus et constatés, pouvait n'être pas appliquée s'il apparaissait que l'annulation de la société n'était pas la cause directe du dommage éprouvé. C'était, sans doute, corriger, dans l'application, un texte dont les rigueurs dépassaient la juste mesure; mais, on ne saurait le méconnaître, c'était aussi modifier la responsabilité dans son principe même tel qu'il était posé par la loi.

1305. Aujourd'hui, ces décisions seraient, au contraire, pleinement justifiées. Car, justement pour rentrer exactement dans les conditions de la justice et de l'équité, l'art. 8 de la loi du 24 juillet 1867 modifie dans son principe, aussi bien que dans ses effets, la responsabilité de ceux qu'il déclare pouvoir être soumis à cette sanction. A la responsabilité *de toutes les opérations faites postérieurement à la nomination du conseil de surveillance* il substitue la responsabilité *du dommage résultant, pour la société et pour les tiers, de l'annulation de la société*. Et, mettant par là à la place de la responsabilité extraordinaire édictée par la loi de 1856 une responsabilité de droit commun, spécialement celle qu'indique l'art. 1384 du Code civil, il confère précisément aux tribunaux ce pouvoir discrétionnaire qu'ils s'attribuaient, non sans quelque usurpation, sous cette dernière loi. En effet, de par la disposition explicite de l'art. 8, non-seulement les tribunaux sont maîtres aujourd'hui

(1) Toulouse, 13 avr. 1863, rapporté avec Req. 12 avr. 1864 (S.-V., 64, 1, 169; Dall., 64, 1, 577; *J. Pal.*, 1864, p. 730).
(2) Paris, 16 janv. 1863, avec Rej. 23 août 1864 (Dall., 64, 1, 367; S.-V., 65, 1, 177; *J. Pal.*, 1865, p. 409).

en donnait la raison très-exacte. Nous avons jugé, a-t-elle dit, « non-seulement impossible, mais inopportun, de renvoyer au Code pénal les dispositions répressives du projet : impossible, parce que le Corps législatif n'est pas saisi de modifications au Code pénal ; inopportun, parce que la peine placée à côté de l'obligation *donne à celle-ci une autorité nouvelle et en garantit mieux l'observation.* » (1) Cela explique et justifie l'économie de la loi, qui, d'ailleurs, en ce point, ressemble à beaucoup d'autres lois spéciales dans lesquelles on trouve également des dispositions répressives placées à côté des obligations.

1310. Les faits contre lesquels la loi de 1867 édicte des sanctions pénales, indépendamment des sanctions civiles dont nous venons de parler, sont indiqués dans les art. 13, 14, 15 et 16, ainsi conçus :

« Art. 13. L'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une société constituée contrairement aux prescriptions des art. 1, 2 et 3 de la présente loi, est punie d'une amende de 500 à 10 000 francs.

» Sont punis de la même peine : le gérant qui commence les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance ;

» Ceux qui, en se présentant comme propriétaires d'actions ou de coupons d'actions qui ne leur appartiennent pas, ont créé frauduleusement une majorité factice dans une assemblée générale, sans préjudice de tous dommages-intérêts, s'il y a lieu, envers la société ou envers les tiers ;

» Ceux qui ont remis les actions pour en faire l'usage frauduleux.

» Dans les cas prévus par les deux paragraphes précédents, la peine de l'emprisonnement de quinze jours à six mois peut, en outre, être prononcée.

» Art. 14. La négociation d'actions ou de coupons d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions des art. 1, 2 et 3 de la présente loi, ou pour lesquels le versement du quart n'aurait pas été effectué conformément à l'art. 2 ci-dessus, est punie d'une amende de 500 à 10 000 francs.

» Sont punies de la même peine toute participation à ces négociations et toute publication de la valeur desdites actions.

» Art. 15. Sont punis des peines portées par l'art. 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie :

» 1° Ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements, ou par publication, faite de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements ;

» 2° Ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont, de mauvaise foi, publié les noms des personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque ;

» 3° Les gérants qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'in-

(1) Voy. le rapport (*loc. cit.*, p. 139). Voy. aussi M. Bédarride (n° 254).

ventaire frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs.

» Les membres du conseil de surveillance ne sont pas civilement responsables des délits commis par le gérant.

» Art. 16. L'art. 463 du Code pénal est applicable aux faits prévus par les trois articles qui précèdent. »

Ces dispositions, écrites dans le titre de la loi relatif aux sociétés en commandite par actions, sont étendues aux sociétés anonymes par l'art. 45, aux termes duquel « les dispositions des art. 13, 14, 15 et 16 de la présente loi sont applicables en matière de sociétés anonymes, sans distinction entre celles qui sont actuellement existantes (1867) et celles qui se constitueront sous l'empire de la présente loi. Les administrateurs qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront opéré des dividendes fictifs, seront punis de la peine qui est prononcée dans ce cas par le n° 3 de l'art. 15 contre les gérants des sociétés en commandite... »

1311. Parmi les faits relevés dans ces divers articles, il en est qui ne touchent pas à la constitution même des sociétés et dont, par conséquent, nous n'aurons pas à nous occuper quant à présent. Ainsi en est-il de la répartition par le gérant de dividendes fictifs. Évidemment, ce fait, auquel l'art. 15 applique les peines portées par le Code pénal contre le délit d'escroquerie, n'est susceptible d'être accompli que lorsque la société est déjà constituée et fonctionne. Ainsi en est-il encore des deux derniers faits prévus par l'art. 13, lesquels ont trait aux manœuvres frauduleuses au moyen desquelles on arriverait à créer une majorité factice et fraduleuse dans les assemblées générales. Sans doute, on peut se demander si les assemblées de *souscripteurs,* réunies pour constituer la société, doivent être laissées en dehors des prévisions de l'art. 13. Mais il est certain que cet article dispose particulièrement en vue des assemblées générales tenues par les actionnaires pendant le cours de la société. Nous renvoyons donc au titre suivant l'examen des questions relatives à ces divers points, en sorte que nous nous occuperons ici seulement des actes relevés dans les premiers numéros des articles 13 et 15 et dans l'art. 14.

1312. Arrêtons-nous, avant de les reprendre en détail, à quelques points généraux. Et d'abord, quelle est la nature des faits prévus par la loi? Appartiennent-ils à la classe des délits, ou bien ont-ils simplement le caractère de contravention? Suivant MM. Mathieu et Bourguignat, l'art. 16 de la loi ne permettrait pas d'hésitation à ce sujet. Tous les faits, disent-ils, auxquels cet article autorise l'application des circonstances atténuantes *sont des délits,* puisque désormais les magistrats pourront faire à la bonne foi sa part et n'atteindre que la fraude (1). Et comme l'art. 463 du Code pénal est déclaré, par l'art. 16 de la loi, applicable à tous les faits prévus dans les trois articles précédents, il en résulterait que tous ces faits indistinctement constitueraient des dé-

(1) MM. Mathieu et Bourguignat (n° 154). Voy. aussi M. A. de Courcy (p. 197).

lits. La conséquence ultérieure serait d'abord que le fait matériel ne suffirait jamais à rendre la peine applicable, le caractère du délit étant de n'entraîner la peine qu'autant que l'intention coupable concourt avec le fait matériel, et ensuite, que, dans le cas d'infractions multiples, le cumul des peines ne serait pas possible, les juges devant alors appliquer l'art. 365 du Code d'instruction criminelle, aux termes duquel, en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte doit seule être appliquée. Telle n'a pas été assurément la pensée de la loi. L'erreur de MM. Mathieu et Bourguignat, relevée d'ailleurs par la majorité des auteurs (1), est dans le point de départ même. Bien loin de trancher la question, l'art. 16, qui autorise l'application des circonstances atténuantes, ne peut même pas servir à la résoudre. Il est certain, en effet, d'après l'art. 483, § 2, du Code pénal, que les contraventions peuvent, aussi bien que les délits, sans perdre leur caractère propre, recevoir l'application de l'art. 463, si l'application en est autorisée par la loi qui édicte la peine. Or, précisément l'art. 16 de notre loi spéciale contient cette autorisation pour tous les faits prévus par les art. 13, 14 et 15. Il n'y a donc aucune induction à tirer de cet article sur le point de savoir si ces faits constituent des contraventions ou des délits. La vérité est que, sans rien préciser à cet égard, sans rien qualifier ni définir, la loi prévoit une série d'infractions dont les unes résultent du seul fait matériel, et dont les autres impliquent la mauvaise foi et l'intention frauduleuse. Il y a donc à la fois des délits et des contraventions dans les diverses infractions relevées dans les textes ci-dessus : c'est ce qui apparaîtra nettement dans l'explication que nous en présenterons tout à l'heure.

1313. Notons encore, par forme d'observation générale, que, comme toute disposition pénale, ces textes sont d'ordre public. En doit-on conclure que les sociétés étrangères sont soumises à leur empire, aussi bien que les sociétés françaises? La question est controversée. Les auteurs, en général, se prononcent pour l'affirmative (2). La jurisprudence, au contraire, incline à la négative. Ainsi, les poursuites ont été repoussées par la Cour de Paris dans une espèce où il s'agissait d'une société anglaise dont les administrateurs avaient laissé opérer la distribution de dividendes fictifs. La Cour avait à faire l'application du traité de 1862 avec l'Angleterre, lequel, reproduisant les expressions mêmes de la loi du 30 mai 1857, déclare que les sociétés anglaises ne peuvent agir en France qu'*en se conformant aux lois de l'Empire*. Elle a dit que « ces expressions — *lois de l'Empire* — se réfèrent tant aux lois générales de police et de sûreté qu'à celles qui régissent la propriété immobilière et les formes de procédure, mais non aux lois particulières qui régissent dans chaque pays la constitution même des associations in-

(1) Voy. MM. Bédarride (nos 260 et suiv.), Alauzet (no 519), Vavasseur (nos 377 et suiv.). *Comp.* M. Rivière (no 119).

(2) Voy. MM. Mathieu et Bourguignat (no 128), Ameline (*Rev. prat.*, t. XXIV, p. 458), Alauzet (nos 510 et 515), Dolez (p. 342 et 347). — Voy. cependant M. Bédarride (nos 266 et 267).

dustrielles ou commerciales, l'objet de la convention, c'est-à-dire du traité, étant d'assurer l'effet desdites lois même à l'étranger. » (1) Dans une autre et plus récente circonstance, où il s'agissait encore d'une société anglaise dont le directeur ou le gérant, pour avoir fait dans les journaux des annonces mensongères en vue d'obtenir des souscriptions aux obligations de la société, avait été condamné en police correctionnelle aux peines édictées par l'art. 15, la même Cour a déclaré « que la loi du 24 juillet 1867 s'applique non aux sociétés étrangères, mais aux sociétés françaises en commandite par actions ou anonymes; qu'il a été, par conséquent, fait à C... une fausse application de l'art. 15 de ladite loi. » (2) Toutefois, ces solutions se rattachent à la question générale de savoir sous quels rapports les sociétés étrangères doivent être régies par les lois françaises : il convient donc d'en renvoyer l'examen au titre suivant, dont le dernier chapitre a pour objet les sociétés étrangères et leur situation légale en France.

1314. C'est encore une question générale de savoir si les dispositions pénales dont il s'agit ici sont applicables à toutes les sociétés françaises constituées sous la forme anonyme ou sous la forme de la commandite par actions. La Cour de cassation, chambre criminelle, a décidé que ces dispositions, spécialement celles des art. 15 et 45 qui frappent certaines fraudes des peines de l'escroquerie, ne sauraient être étendues aux *sociétés civiles* qui auraient adopté la forme des sociétés anonymes, et notamment aux sociétés d'assurances sur la vie soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement (3). Mais la décision et les motifs de l'arrêt ne sauraient être admis dans toute leur généralité. Que la solution soit exacte en ce qui concerne les sociétés d'assurances sur la vie, on peut et on doit l'admettre. Ces sociétés demeurent exceptionnellement, aux termes de l'art. 66, sous le régime de l'autorisation et de la surveillance du gouvernement. Et comme la réglementation pour la constitution des sociétés anonymes n'a été instituée par la loi de 1867 que pour remplacer l'autorisation administrative supprimée en principe par cette loi, on conçoit que cette réglementation soit considérée comme inapplicable aux sociétés d'assurances sur la vie pour lesquelles la nécessité de l'autorisation est maintenue. Encore même conviendrait-il peut-être de ne le décider ainsi qu'en ce qui concerne les sociétés d'*assurances mutuelles;* car, pour les sociétés anonymes d'*assurances à primes,* il y a, dans le décret du 22 janvier-18 février 1868 portant règlement d'administration publique, un texte qui les déclare « soumises aux dispositions des lois relatives à cette forme de société » (art. 1[er]), et, par conséquent, aux dispositions du titre 2 de la loi de 1867, dans lequel se trouve compris l'art. 45, qui

---

(1) Arrêt du 22 février 1866, cité, d'après la *Gazette des tribunaux* du 9 mars 1866, par M. Lyon-Caen (*Cond. lég. des soc. étrang. en France*, n° 41).

(2) Paris, 13 juin 1872 (S.-V., 72, 2, 96; *J. Pall.*, 1872, p. 471, Dall., 72, 2, 164).

(3) Crim. rej., 28 nov. 1873 (Dall., 74, 1, 441; *J. Pal.*, 1875, p. 660; S.-V., 75, 1, 281).

applique, en matière de sociétés anonymes, les pénalités édictées par les art. 13, 14 et 15.

Quoi qu'il en soit de cette réserve, ce qui est contestable dans l'arrêt de la chambre criminelle, c'est la thèse générale posée dans les premiers motifs. La Cour affirme « que les art. 15 et 45 de la loi du 24 juillet ont pour but de punir les fraudes qui y sont spécifiées, en matière de sociétés en commandite et de sociétés anonymes, *c'est-à-dire à l'occasion de sociétés commerciales,...* et que ces dispositions doivent être, à raison de leur nature même, restreintes aux hypothèses qui rentrent directement dans les prévisions d'une loi spéciale. » Mais les fraudes et les dangers que le législateur a voulu prévenir sont possibles dans les sociétés civiles revêtues de la forme anonyme ou de la commandite par actions, aussi bien que dans les sociétés commerciales constituées sous l'une ou l'autre de ces formes; car c'est justement à la forme, et nullement à la nature des opérations sociales, que tiennent ces fraudes et ces dangers. Comment donc les moyens par lesquels le législateur s'est appliqué à les prévenir resteraient-ils sans application aux sociétés civiles? Il n'y a pas un mot dans la loi de 1867 dont on puisse s'autoriser pour justifier l'exception. Les dispositions en sont, au contraire, aussi générales que possible; et rien n'y indique que les sociétés civiles qui, avant la loi de 1867, avaient besoin de l'autorisation du gouvernement pour se constituer sous la forme anonyme (1), soient affranchies, après la publication de cette loi, de la réglementation par laquelle l'autorisation administrative a été remplacée.

Ceci dit, reprenons en détail les dispositions pénales de la loi de 1867, pour compléter nos observations touchant la constitution des sociétés.

II. — 1315. Quatre infractions, dont les deux premières seulement doivent nous occuper quant à présent, sont prévues et punies par l'article 13.

En premier lieu, cet article atteint « l'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une société constituée contrairement aux prescriptions des art. 1, 2 et 3. » Il n'y a pas à équivoquer ou à se méprendre sur le fait en lui-même : émettre des actions, c'est remettre à chaque souscripteur des titres *définitifs, négociables,* qu'il a souscrits et qui représentent sa part d'intérêt dans la société. Mais quand et à quelles conditions ce fait de la remise des titres constitue-t-il l'infraction prévue et punie par la loi? Ceci présente plus de difficulté.

D'une part, il faut que les titres remis soient *définitifs*. La Cour de cassation a justement décidé, en conséquence, que le simple fait d'ouverture d'une souscription publique d'actions d'une société en commandite projetée et de remise aux souscripteurs d'un *récépissé provisoire* de versement, n'a pas le caractère d'émission d'actions d'une société en commandite non définitivement constituée par la souscrip-

---

(1) Cass., 13 mai 1857 (Dall., 57, 1, 201; S.-V., 58, 1, 129; *J. Pal.*, 1857, p. 998).

tion de la totalité du capital social, et que, dès lors, ce fait ne tombe pas sous l'application des dispositions répressives de la loi (1). « Si l'ouverture d'une souscription publique, a dit la Cour, et la remise aux souscripteurs d'*un récépissé* constatant le versement obligatoire du quart au moins du montant des actions souscrites étaient interdites, il en résulterait que la formation de toute société en commandite fondée pour un objet important deviendrait impossible, puisque, d'un côté, il est évident qu'un fonds social considérable ne saurait être souscrit sans un appel préalable au public, et que, d'un autre côté, cet appel constituerait un délit rendant les fondateurs passibles de peines correctionnelles; or, la formation des sociétés en commandite par actions a été réglée et non interdite par la loi. » Il est à noter pourtant que, dans l'espèce, il s'agissait de récépissés *au porteur*, ainsi que cela résulte de l'indication du chef de prévention dans l'arrêt attaqué. La circonstance n'est pas relevée dans les motifs de l'arrêt de rejet; et peut-être la solution aurait-elle dû être contraire si l'attention de la Cour s'y fût arrêtée. Car ce que la loi a voulu prévenir ou réprimer, c'est l'agiotage, le trafic des actions, les spéculations dolosives, auxquels, avant la réglementation des sociétés par actions, donnaient libre carrière la division du capital social en actions au porteur et la faculté laissée aux fondateurs d'émettre, dès l'origine, des actions en cette forme. Or, les récépissés *au porteur* se prêtent à ces abus aussi bien que les actions elles-mêmes.

D'une autre part, il faut que les titres remis soient *négociables*. Mais on sait que les actions ou coupons d'actions ne sont négociables qu'après la constitution définitive de la société, comme l'exprime, d'ailleurs, l'art. 50 de la loi en ce qui concerne les sociétés à capital variable (*suprà*, nos 901 à 905). S'ensuit-il, cependant, que l'infraction existe et que la peine soit encourue si l'émission des actions ou des coupures d'actions a été faite avant que la société soit définitivement constituée? Non : l'art. 13, qui vise les art. 1, 2 et 3 de la loi, ne vise ni les art. 4 et 5, ni les art. 24 et 25, toutes dispositions contenant des prescriptions dont l'observation est requise pour que la société soit légalement constituée. Ainsi, lorsque des associés ont fait des apports autres qu'en numéraire ou stipulé à leur profit des avantages particuliers, la société n'est définitivement constituée, aux termes des art. 4 et 24, qu'après la vérification et l'approbation des apports en la forme déterminée. Ce n'est pas tout : même après ces vérification et approbation, la société a besoin, pour être constituée, qu'il lui soit nommé, si elle est en commandite par actions, un conseil de surveillance (article 5), et, si elle est anonyme, des administrateurs et des commissaires pour la première année (art. 25). L'émission d'actions ou de coupons d'actions faite avant l'accomplissement de ces dernières formalités ne constituerait donc pas l'infraction prévue (2); car nous

(1) Crim. rej., 8 févr. 1861 (S.-V., 61, 1, 668; *J. Pal.*, 1862, p. 346).
(2) Voy. cependant, en sens contraire, MM. Mathieu et Bourguignat (n° 123).

sommes ici en matière pénale, où, tout étant de droit étroit, il n'est pas possible de suppléer à la loi, ni d'y ajouter.

En résumé donc, l'infraction consiste dans l'émission des actions ou des coupons d'actions avant l'accomplissement des conditions imposées par les trois premiers articles de la loi, c'est-à-dire : la division du capital en actions au moins de 100 ou de 500 francs, suivant que ce capital n'excède pas 200 000 ou qu'il est supérieur; la souscription du capital en totalité; le versement par chaque actionnaire du quart au moins du montant des actions par lui souscrites; la constatation de cette souscription et des versements par une déclaration notariée du gérant ou des fondateurs, et la libération de moitié, qui, sous les conditions déterminées, donne ouverture au droit de convertir les titres nominatifs en titres au porteur.

Et, dans ce cas, la responsabilité pénale incombe au gérant de la société ou aux fondateurs par les ordres de qui l'émission a été faite, ainsi qu'au banquier dans les bureaux duquel elle a été opérée.

1316. La seconde infraction prévue et punie par l'art. 13, c'est le fait par le gérant de commencer les opérations sociales avant l'*entrée en fonctions* du conseil de surveillance. C'est la sanction de l'art. 5, aux termes duquel « ce conseil *est nommé* par l'assemblée générale des actionnaires immédiatement après la constitution définitive de la société *et avant toute opération sociale.* » La nomination du conseil dont parle cet article et son entrée en fonctions que mentionne l'art. 13 sont des termes équivalents, puisque, d'après l'art. 6, « ce premier conseil doit, immédiatement après sa nomination, vérifier si toutes les dispositions contenues dans les articles qui précèdent ont été observées », ce qui précisément constitue l'entrée en fonctions. Le législateur se préoccupe ici de l'intérêt des souscripteurs, qui, en effet, le cas échéant où la société serait nulle ou ne serait pas constituée à défaut d'accomplissement des conditions nécessaires, pourraient se trouver dans l'impossibilité de reprendre les fonds par eux versés, si le gérant les avait engagés dans des opérations prématurément entreprises. Il faut le dire pourtant : si le commencement des opérations avant l'heure peut présenter ce danger, il est certain que le fait, généralement, ne nuira à personne, et même qu'en maintes circonstances il pourrait avoir un caractère d'utilité. Aussi bien des esprits sont-ils portés à penser que l'infraction dont il s'agit ici aurait trouvé une sanction suffisante dans la nullité de la société et dans les responsabilités civiles que la nullité entraîne après elle. Quoi qu'il en soit, le législateur a jugé nécessaire d'ajouter la sanction d'une peine proprement dite. Mais au moins faut-il ne pas aller au delà de sa pensée dans l'appréciation du fait constitutif de l'infraction. On a supposé qu'elle pourrait exister dans l'acte d'un gérant qui, pressé par l'urgence et trouvant, par exemple, un local précieux pour y installer ses bureaux, aurait passé un bail avant que le conseil fût entré en fonctions (1). La supposition est évidemment mal fondée. Ce que la

(1) Voy. M. Alfred de Courcy (p. 199).

loi interdit sous la sanction édictée, ce ne sont pas les actes préparatoires, les dispositions prises en vue des opérations sociales à accomplir ultérieurement; c'est le commencement des opérations sociales elles-mêmes par le gérant avant la nomination ou l'entrée en fonctions du conseil appelé à le contrôler. Or, les opérations sociales s'entendent des affaires mêmes, des actes commerciaux en vue desquels la société s'établit, et qu'une fois établie elle se propose d'accomplir. L'infraction consiste dans le fait de commencer ces affaires ou ces actes, de les mettre en exercice quand la société n'est pas encore constituée, et nullement dans le fait de s'y préparer par des mesures préliminaires qui permettront au gérant de se mettre à l'œuvre dès que la société sera sortie de la période de formation.

1317. La peine édictée contre les deux infractions dont nous venons de nous occuper est une amende de 500 à 10000 francs. La loi de 1856 était plus rigoureuse. Aux termes de l'art. 11 de cette loi, les deux infractions étaient punies « d'un emprisonnement de huit jours à six mois, et d'une amende de cinq cents francs à dix mille francs, ou de l'une de ces peines seulement » ; et il résulte de la combinaison de cet article avec l'art. 13 de la même loi que l'art. 463 du Code pénal, relatif aux circonstances atténuantes, n'était pas applicable à ce cas. Le projet soumis, en 1865, aux délibérations du Corps législatif faisait disparaître la peine de l'emprisonnement et ne laissait que l'amende. « Si l'on recherche l'origine des dispositions qui ont trouvé place dans l'art. 11 de la loi de 1856, portait l'exposé des motifs, et si l'on considère la nature des faits auxquels elles s'appliquent, on reconnaît que des peines pécuniaires doivent suffire pour prévenir et réprimer au besoin *des contraventions* qui consistent dans l'émission d'actions d'une société irrégulièrement constituée et dans le fait du gérant qui commence les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance. » (1) Néanmoins, dans la discussion et au sein de la commission du Corps législatif, quelques membres exprimèrent le regret que la peine de l'emprisonnement édictée par la loi de 1856 ne fût pas maintenue dans la loi nouvelle. La peine de l'emprisonnement, disait-on, n'aurait rien d'exagéré, soit contre une émission irrégulière d'actions, qui, émanant des fondateurs, ne peut avoir pour mobile que la pensée de s'emparer de l'argent des actionnaires par une réalisation frauduleuse des titres, soit même contre le commencement prématuré des opérations sociales, par le fait d'un gérant qui, ainsi, pourrait absorber une partie du capital d'une société qui peut-être n'arrivera pas à se constituer (2). La commission du Corps législatif ne s'arrêta pas à ces objections. « Suivant elle, est-il dit dans le rapport, les pénalités excessives affaiblissent la répression au lieu de la fortifier. La loi ne doit être qu'un rapport de justice entre la peine et le fait incriminé. Là où la peine est disproportionnée, elle trouble la conscience du juge, sans

---

(1) *Comment. législ.* de Tripier (t. I, p. 31).

(2) Le même regret, et par ces mêmes motifs, est exprimé par M. Bédarride (n° 256).

posséder cependant une suffisante action préventive. Or, le fait d'émettre des actions d'une société constituée sans que les conditions prescrites par les art. 1, 2 et 3 aient été toutes strictement observées, alors qu'aucune circonstance n'en vient aggraver le caractère, ressemble plus à une contravention qu'à un délit... Il en est de même du fait du gérant qui commence les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance... Mais punir *une simple contravention* de l'emprisonnement; c'était dépasser la mesure; l'amende de 500 à 10 000 francs répond à la nature et à la gravité du fait. » (1)

Toutefois, notons-le, il s'agit ici de simples contraventions, comme cela est exprimé à diverses reprises soit dans l'exposé des motifs, soit dans le rapport de la commission législative. C'est dire que le fait matériel par lui-même et à lui seul rend applicable la peine de l'amende, abstraction faite de toute intention coupable de la part de l'agent. Sans doute, les magistrats pourraient bien déclarer, par appréciation, que le fait imputé ne constitue pas la contravention prévue et punie par la loi, et, par suite, renvoyer le prévenu de la plainte. Mais si le fait incriminé constitue réellement la contravention, l'amende est nécessairement encourue et doit être prononcée, l'intention coupable fût-elle manifestement absente. Il n'y aurait de possible alors, pour les tribunaux, que le recours à l'art. 463 du Code pénal, lequel article est déclaré applicable, par l'art. 16 de la loi de 1867, à tous les faits prévus par les art. 13, 14 et 15, ce qui, les circonstances atténuantes étant reconnues, permettrait de réduire l'amende jusqu'au minimum des amendes de simple police.

III. — 1318. L'art. 14, reproduction de l'art. 12 de la loi de 1856, prévoit et punit trois infractions. La première est la négociation d'actions ou de coupons d'actions *dont la valeur ou la forme* serait contraire aux dispositions des art. 1, 2 et 3, ou pour lesquels le versement du quart n'aurait pas été effectué conformément à l'art. 2. Bien entendu, il ne s'agit nullement ici de la négociation des actions ou de leur aliénation suivant les modes du droit civil; la négociation que le législateur a en vue, dans cet article, comme dans l'art. 2 ci-dessus expliqué (nos 901 et suiv.), est celle qui s'opère par les voies commerciales, l'endossement, le transfert, la tradition des titres, etc. Nous avons indiqué, dans nos observations sur ce dernier article, les conditions sous lesquelles les actions et coupons d'actions d'une société en formation deviennent négociables (nos 903 à 909); nous n'avons pas à y revenir. Seulement, il ne faudrait pas conclure de ce qu'à défaut d'accomplissement de toutes ces conditions les titres souscrits n'auraient pas pris le caractère d'actions négociables, que la peine édictée par l'art. 14 serait nécessairement et toujours applicable au souscripteur qui en aurait opéré la négociation. Nous sommes ici en matière pénale, et les règles essentielles de la matière commandent de maintenir rigoureusement dans ses termes la définition de la loi. Or, il s'en faut que

(1) Tripier (*loc. cit.*, p. 138 et 139).

la définition de l'art. 14 concorde avec la pensée, qui s'induit de l'économie de la loi (*suprà*, n° 904), de n'admettre la négociabilité des actions qu'après la constitution de la société. En effet, et d'abord, pas plus que l'art. 13, notre art. 14 ne vise ni les art. 4 et 5, ni les art. 24 et 25, lesquels articles contiennent certaines dispositions constitutives. Dès lors, la négociation faite alors que ces dispositions n'auraient pas été observées, ne constituerait pas l'infraction prévue et punie par l'article 14. Ensuite, cet article, en visant aussi les art. 1, 2 et 3, ne s'y réfère néanmoins que limitativement. La négociation qu'il prohibe est celle qui aurait pour objet des actions ou des coupons d'actions qui, sous le rapport de leur valeur, de leur forme et de la mesure dans laquelle elles doivent être libérées, ne se trouveraient pas dans les conditions établies par lesdits articles. Ainsi, il y aurait infraction dans le sens de l'art. 14, de la part de tout actionnaire qui négocierait ses actions : 1° si le taux en était au-dessous de 100 francs ou de 500 francs, suivant que le capital social n'excéderait pas 200 000 francs ou serait supérieur ; 2° si, étant au porteur, elles n'étaient pas libérées en totalité, ou jusqu'à concurrence de moitié dans le cas de l'art. 3 ; 3° si le versement du quart n'avait pas été effectué conformément à l'art. 2. En dehors de ces cas, la négociation ne tomberait pas sous l'application de l'art. 14, quand bien même la société serait susceptible d'être annulée pour inaccomplissement des autres conditions constitutives, même de celles qui sont imposées par les art. 1, 2 et 3, par exemple la souscription de la totalité du capital social, la déclaration du gérant ou du fondateur constatant cette souscription, etc.

1319. La seconde infraction prévue et punie par l'art. 14 est *la participation aux négociations prohibées*. Par là, la loi veut atteindre : le cessionnaire d'abord, qui évidemment participe à la négociation des actions en s'en rendant acquéreur, et ensuite les intermédiaires (banquiers, agents de change, courtiers), qui, en prêtant leur ministère, y aident puissamment et la facilitent.

1320. Enfin, la troisième infraction est la *publication* de la valeur des actions dont la négociation est interdite. L'expression de la loi, à cet égard, est trop générale pour qu'il soit possible de faire aucune distinction entre les divers modes de publication. Ainsi, publier par la voie des circulaires, des affiches, des prospectus, des journaux, c'est dans tous les cas faire la publicité contre laquelle est dirigée la disposition de la loi ; c'est, par conséquent, encourir la peine édictée.

1321. La peine encourue, dans les trois cas relevés par l'art. 14, est également une amende de 500 francs à 10 000 francs, sauf l'applicabilité de l'art. 463 du Code pénal. Mais le fait matériel suffit-il encore ici, comme dans les deux premiers faits prévus par l'art. 13, pour rendre l'agent passible de la peine ? L'affirmative résulte d'un arrêt de la Cour de cassation qui, rendu sous l'empire de la loi de 1856, déclare que cette loi, notamment dans les art. 3 et 12 qui interdisent la négociation des actions avant le versement des deux cinquièmes, « est une loi de police des sociétés en commandite ; qu'en réglementant les con-

ditions matérielles d'existence de ces sociétés et de négociation d'actions, elle entend donner aux capitalistes des garanties indépendantes du plus ou moins de bonne foi des fondateurs, et que l'inobservation de ces conditions constitue une contravention que n'excuse pas l'absence d'intention frauduleuse. » (1) En conséquence, la Cour juge spécialement qu'il y a lieu d'appliquer l'amende au souscripteur d'actions qui, dans le but de se procurer la somme nécessaire pour le versement des deux cinquièmes (aujourd'hui le quart), a recours à la négociation des actions souscrites, alors même qu'effectivement il a réalisé, avec les deniers en provenant, le versement dont il était tenu.

Le législateur de 1867, suivant la même pensée, a voulu donner ce caractère de contravention aux infractions relevées dans l'art. 14. C'est clairement indiqué dans le rapport de la commission du Corps législatif. Le projet du gouvernement, y est-il dit, « créait une présomption légale *de fraude et de complicité contre ceux qui, dans la négociation, n'auraient été que de simples intermédiaires*. La bonne ou mauvaise foi, l'ignorance ou la connaissance de l'infraction, était indifférente; le fait était punissable par cela seul que les titres négociés n'étaient pas conformes aux exigences de la loi. Qu'il en fût ainsi à l'égard des fondateurs, gérants ou administrateurs de sociétés, on le comprend : ils ont dû consulter la loi; ils l'ont violée en connaissance de cause par l'émission des titres, et la négociation n'est que la conséquence d'une première faute et le moyen d'en tirer profit. Mais des tiers, des intermédiaires, sont placés dans une condition différente; leur bonne foi doit se présumer, et la commission a pensé qu'ils ne devraient être atteints que s'*ils avaient agi en connaissance de cause*. Le gouvernement n'a pas consenti à modifier le projet en ce sens, mais il n'a pas méconnu la vérité de nos observations, et, sans leur donner satisfaction en la forme, il a substitué aux amendements de la commission une disposition nouvelle qui déclare l'*art. 463 du Code pénal applicable aux faits prévus par les trois articles qui précèdent*. De cette façon, les magistrats pourront faire à la bonne foi sa part et n'atteindre que la fraude. Votre commission a accepté cette transaction, qui, par une voie différente, conduisait au but qu'elle s'était proposé. » (2) La commission se méprenait en ce dernier point. Car le juge pourra bien, en vertu de la transaction, c'est-à-dire par application de l'art. 463 du Code pénal, diminuer la peine et l'abaisser même jusqu'au minimum des amendes de simple police; mais il ne lui sera pas permis, quelle que soit la bonne foi du prévenu, de se dispenser de prononcer une condamnation. Pourquoi? Précisément parce que, par la volonté certaine de la loi, la participation d'une manière quelconque à la négociation d'actions non conformes aux exigences de la loi constitue une *contravention*, c'est-à-dire une infraction résultant du fait matériel seul, une infraction que,

(1) Crim. cass., 11 août 1859 (S.-V., 59, 1, 971; J. Pal., 1860, p. 172; Dall., 59, 1, 472).
(2) *Comment. législ.* de M. Tripier (t. I, p. 145).

selon l'expression de l'arrêt précité, n'excuse pas l'absence d'intention frauduleuse.

Il en est ainsi, disons-nous, de la participation à la négociation d'une *manière quelconque*. Et par là nous écartons la réserve faite assez généralement en faveur de ceux qui participent à la négociation par la publication de la valeur des actions. Il est vrai que la réserve paraît avoir été admise dans la discussion de la loi de 1856. Un membre du Corps législatif, M. Édouard Dalloz, demandait si l'amende édictée par l'art. 12 de cette loi serait appliquée au gérant du journal qui aurait fait la publication de la valeur des actions ou au gérant de la société en commandite qui l'aurait fait faire. Il lui paraissait, d'ailleurs, exagéré et peu pratique d'exiger que le gérant du journal vérifiât, pour toutes les annonces qui peuvent lui être apportées, si les gérants de la société s'étaient conformés aux dispositions de la loi. L'orateur du gouvernement répondit « que la disposition de l'art. 12 était empruntée à la loi du 15 juillet 1845, où le mot *publication* était employé dans le même sens; que ce mot, dans la loi nouvelle, aurait la même signification que dans la loi de 1845; que, lors de la discussion de cette loi, la même question avait été adressée au gouvernement; que le ministre des travaux publics avait répondu *que tout dépendrait des circonstances; que l'intention de ceux qui auraient fait la publication serait appréciée par les tribunaux;* et que le gouvernement n'avait à faire que la même réponse. » (1) Mais il ne s'est produit aucun incident de cette nature dans la discussion de la loi de 1867. Et, au contraire, le projet du gouvernement, projet pleinement confirmé par le vote du Corps législatif, était général et absolu dans ses termes. Il créait, a dit la commission, « *une présomption légale de fraude et de complicité* contre ceux qui, dans la négociation, ont été de simples intermédiaires. Leur bonne ou mauvaise foi, l'ignorance ou la connaissance de l'infraction, est indifférente; le fait est punissable par cela seul que les titres négociés ne sont pas conformes aux exigences de la loi. » Telle est la pensée du législateur; il s'en induit nécessairement que le fait de participer à quelque titre que ce soit à une négociation prématurée d'actions ou de coupons d'actions constitue, quel qu'il soit, une infraction de même nature, et régie par les mêmes principes au point de vue de l'incrimination. Cela seul, d'ailleurs, est raisonnable et juste; car la publication de la valeur des actions constituant en réalité une véritable participation à la négociation, et étant au surplus comprise avec la participation dans une même disposition de la loi, il répugnerait à la raison et à la justice que la participation du cessionnaire qui achète ou de l'intermédiaire qui facilite la vente fût considérée comme une contravention punissable à raison du seul fait matériel, tandis que celle du journal serait un délit qui ne pourrait être atteint qu'autant que l'intention frauduleuse concourrait avec le fait matériel (2).

(1) Voy. M. Tripier (*Comment. de la loi de 1856*, p. 96).
(2) Voy., en ce sens, M. Bédarride (*Loi de 1867*, nos 286 et suiv.). *Comp.* MM. Ame-

IV. — 1322. Enfin, l'art. 15 relève trois infractions auxquelles il applique la peine portée par l'art. 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie. Sauf un dernier paragraphe introduit pour trancher une question controversée que nous retrouverons dans le titre suivant, cet art. 15 est la reproduction littérale de l'art. 13 de la loi de 1856. Notons qu'il est purement extensif, en ce sens qu'indépendamment des trois infractions prévues, tous les faits qui, intervenus dans la constitution d'une société par actions, constitueraient le délit d'escroquerie, continuent, comme le texte l'indique, à tomber sous l'application de l'art. 405 du Code pénal. C'est ainsi que l'arrêt ci-dessus cité, par lequel il a été déclaré (à tort selon nous) que l'art. 15 est inapplicable aux sociétés civiles revêtues de la forme anonyme, a jugé néanmoins que la mise en circulation de prospectus annonçant la constitution légale d'une société d'assurance sur la vie, alors que le gouvernement aurait refusé son autorisation, et la publication d'une liste fausse de membres d'un comité de patronage, dans le but d'obtenir des souscriptions et des versements pour frais d'administration, constituent le délit d'escroquerie, et qu'il y a lieu de réputer complice du même délit l'individu qui, en connaissance de cause, fait répandre par ses agents de pareils prospectus (1). L'art. 15, en réservant ces faits, s'est tout simplement attaché « à punir des peines portées par l'art. 405 du Code pénal (un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et une amende de 50 francs au moins et de 3000 francs au plus, et facultativement l'interdiction pendant cinq ans au moins et dix ans au plus des droits mentionnés en l'art. 42) des actes qui, sans revêtir tous les caractères du délit d'escroquerie, ont avec lui une parenté étroite et une gravité égale, en ce que tous constituent de véritables fraudes et des manœuvres ayant pour but de s'approprier la fortune d'autrui. » (2)

Des trois dispositions contenues dans l'art. 15, la dernière, relative à la distribution des dividendes fictifs, est, quant à présent, réservée (*suprà*, n° 1311) : nous n'avons à nous occuper ici que des deux autres.

1323. La première est dirigée contre ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements, ou par publication, *faite de mauvaise foi*, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements. Simuler des souscriptions ou des versements, a dit la commission législative dans son rapport, publier de mauvaise foi des souscriptions ou des versements, et cela pour en provoquer de réels, ce n'est pas seulement commettre une faute dommageable à autrui, c'est enfreindre intentionnellement la loi morale, attenter à la propriété, ou le tenter, par le mensonge et par la ruse, et les sévérités de la loi pé-

line (*Rev. prat.*, t. XXIV, p. 457), Vavasseur (n° 280), Alauzet (n° 515). Voy. cependant MM. Rivière (n° 119), Lescœur (*op. cit.*, p. 204).

(1) Voy. l'arrêt du 28 nov. 1873, cité plus haut sous le n° 1314.

(2) Voy. le rapport de M. Mathieu (Tripier, *Loi de 1867*, t. I, p. 145 et 146).

nale n'ont rien d'excessif pour de tels actes. — Deux points seulement sont à noter ici.

D'une part, il s'agit, au moins en ce qui concerne la publication mensongère, d'un véritable délit qui n'entraîne l'application de la peine qu'autant qu'au fait matériel se joint l'intention criminelle. La loi exige, en effet, que la publication mensongère ait été faite de mauvaise foi pour que l'auteur soit punissable. Et c'est justice, car si la mauvaise foi est certaine de la part des fondateurs ou des gérants qui simulent des souscriptions ou des versements, elle ne saurait être de plein droit imputée à un gérant de journal qui n'a aucun moyen de savoir si les souscriptions ou les versements qu'il publie sont simulés ou réels.

D'une autre part, la loi ne se préoccupe en aucune manière des résultats de la manœuvre. Elle atteint la simulation alors même que la simulation est restée sans succès. Il n'est pas nécessaire que l'agent ait obtenu des souscriptions ou des versements pour encourir la peine ; il suffit qu'il *ait tenté* d'en obtenir : la tentative du délit est punie comme le délit lui-même.

1324. La seconde disposition de l'art. 15 est dirigée contre ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont, de mauvaise foi, publié les noms de personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque. En réalité, le fait auquel s'applique cette disposition était déjà virtuellement compris dans la disposition précédente, laquelle, on vient de le voir, punit la publication faite de mauvaise foi, non-seulement de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, mais encore *de tous autres faits faux :* c'est, en effet, publier un fait faux que signaler ou publier comme étant ou devant être attachées à la société des personnes qui y sont et doivent y rester étrangères. Quoi qu'il en soit, le législateur a cru devoir faire mention de cette manœuvre, l'une de celles qui étaient pratiquées avec le plus d'audace pour attirer les souscripteurs, et l'atteindre spécialement. Au surplus, comme le fait précédent, celui-ci constitue un délit et non pas une simple contravention, car il n'est punissable, aux termes de la loi, qu'autant que la publication a été faite de mauvaise foi. Ainsi, s'il était établi que le gérant, le fondateur de la société, a eu des raisons de penser, au moment où il a fait la publication, que telle personne qu'il indiquait comme attachée à la société y était réellement ou devait y être attachée, il n'y aurait pas délit, et la peine ne serait pas encourue. — Par cette disposition, d'ailleurs, comme par la précédente, le législateur a entendu atteindre la *tentative* du délit aussi bien que le délit lui-même.

V. — 1325. Rappelons en terminant que les peines édictées non-seulement par ce dernier article, mais encore par les deux articles précédents, peuvent être notablement réduites par l'admission des circonstances atténuantes. L'art. 16 dispose, en effet, que « l'art. 463 du Code pénal est applicable aux faits prévus par les trois articles qui précèdent. » En cela, la loi de 1867 a fait mieux que celle de 1856, d'après laquelle l'art. 463 du Code pénal n'était applicable qu'aux faits

prévus par l'art. 13, c'est-à-dire aux infractions punies des peines portées par le Code pénal contre le délit d'escroquerie. Quant aux faits relevés par les art. 10 et 11 (l'émission et la négociation prématurées d'actions ou de coupons d'actions, la participation à la négociation, le commencement par le gérant des opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance), l'amende de 500 fr. à 10 000 fr., édictée par la loi, pouvait bien varier dans la mesure du minimum au maximum, mais elle ne pouvait jamais descendre au-dessous de 500 fr. Il n'en est plus de même aujourd'hui. Le législateur de 1867, plus équitable, a pensé que, même réduite à ce minimum, la peine serait en bien des cas exorbitante et sans rapport avec le fait incriminé. Il a en conséquence généralisé la faveur limitativement admise par la loi de 1856. En sorte qu'en toute hypothèse, soit qu'il s'agisse des délits prévus par l'art. 15, soit qu'il s'agisse des contraventions punies par les art. 13 et 14, le juge sera autorisé, si les circonstances paraissent atténuantes, à réduire la peine jusqu'au minimum des peines de police. (Décr. du 27 nov. 1870, modificatif de l'art. 463 C. pén.)

TITRE SECOND

ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

SOMMAIRE.

I. 1326. Nécessité d'étudier distinctement chacune des espèces de sociétés. Division.

I. — 1326. Les conditions de forme et de fond requises pour la constitution des sociétés commerciales étant connues, nous avons à rechercher quelle est leur organisation, comment elles sont gérées, quel est le mode d'action propre à chacune d'elles, et quelles sont les conséquences du contrat. Ce que nous avons dit dans les observations préliminaires, en caractérisant les diverses sociétés (*suprà*, n° 812), montre clairement qu'à cet égard il n'est plus possible de procéder par voie d'ensemble. Il faut nécessairement diviser et étudier distinctement chaque espèce de société. Ainsi, d'ailleurs, a fait le législateur. Et en prenant, à peu près dans l'ordre qu'il a cru devoir suivre, les types par lui reconnus et adoptés, nous traiterons successivement, dans les six chapitres qui vont suivre : 1° de la société en nom collectif; 2° de la société en commandite, soit simple, soit par actions; 3° de la société anonyme, en y comprenant la société à responsabilité limitée; 4° de la société coopérative ou à capital variable; 5° de l'association en participation; 6° enfin des sociétés étrangères.

CHAPITRE PREMIER

DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF.

SOMMAIRE.

I. 1327. La société en nom collectif est le type primitif de l'association. — 1328. Elle est aujourd'hui encore telle que l'avait faite l'ancienne pratique commerciale. — 1329. Et, de toutes les sociétés de commerce, c'est celle qui emprunte le plus à la réglementation des sociétés civiles. — 1330. La loi commerciale se borne, quant à son organisation, à fixer certains points par lesquels elle déroge au droit commun : art. 20, 21 et 22 du Code de commerce. Division.

I. — 1327. Dans la réglementation des sociétés commerciales, la société en nom collectif, désignée aussi autrefois sous la dénomination de société *générale* et sous celle de société *libre,* devait naturellement se présenter la première à l'esprit du législateur. C'est, de toutes, la plus ancienne; elle est, en quelque sorte, le type de l'association; et l'on a pu dire que les autres n'en sont que des modifications plus ou moins profondes (1). Aussi, de même qu'elle figure la première dans l'énumération de l'art. 19 du Code de commerce, de même elle est organisée la première dans le titre de ce code relatif aux sociétés.

1328. Quoique la plus ancienne, la société en nom collectif est restée, dans son organisation, ce qu'elle était dans le dernier état de notre ancien droit. Les rédacteurs du Code de commerce l'avaient maintenue telle que l'avait faite l'ancienne pratique commerciale. Et comme les graves modifications dont l'organisation et le mode d'action des sociétés commerciales ont été l'objet dans ces derniers temps ne l'ont pas atteinte, elle subsiste encore aujourd'hui en l'état et dans les conditions à peu près où l'ont trouvée les rédacteurs du Code de commerce.

1329. Au surplus, ce code, dans les trois articles qu'au point de vue de l'organisation il consacre à la société en nom collectif, s'occupe moins de réglementer cette société que de fixer certains points sur lesquels il établit des dérogations au droit commun. C'est dire que la société collective est, de toutes les sociétés commerciales, celle qui emprunte le plus à la réglementation des sociétés civiles, celle, par conséquent, où la référence exprimée par l'art. 1873 du Code civil trouve la plus large application. Ainsi, comme les sociétés civiles, la société commerciale en nom collectif est essentiellement une société de personnes. Sur ce point et sur beaucoup d'autres que nous aurons bientôt à relever, il faut se référer aux règles du droit commun exposées dans notre commentaire des dispositions relatives aux sociétés civiles. Le Code de commerce n'y touche en aucune manière, son objet unique, répétons-le, ayant été de s'expliquer sur les points dans lesquels l'organisation et le mode d'action des sociétés collectives s'écarte des règles du droit commun en matière de société.

(1) Voy. MM. Pardessus (n° 1004), Alauzet (n° 280).

1330. En quoi donc la loi spéciale s'écarte-t-elle de ces règles? A cela répondent les art. 20, 21 et 22 du Code de commerce, dont les dispositions sont ainsi conçues :

« ART. 20. *La société en nom collectif* est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre, et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale.

» ART. 21. Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale.

» ART. 22. Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale. »

Ainsi, d'après ces textes, la société *commerciale* en nom collectif se distingue des sociétés *civiles,* en ce qu'elle agit habituellement *sous une raison sociale,* que ses engagements réfléchissent sur les associés *et les obligent tous personnellement,* et que ses créanciers ont une action *solidaire* contre tous les associés et peuvent réclamer contre chacun d'eux la totalité de la dette. Notons toutefois que si ce sont là les caractères généraux par lesquels la société commerciale en nom collectif se distingue des sociétés civiles, ils ne sont pas tous, quoi qu'on en ait dit (1), également distinctifs, quand il s'agit de comparer cette société aux autres sociétés commerciales. Et, en effet, pour ne parler que de *la raison sociale,* il est certain que la société en nom collectif ne diffère pas, en ce point, de la société en commandite, laquelle, soit simple, soit par actions, doit agir aussi sous une raison sociale. Mais ce qui distingue la société commerciale en nom collectif de toutes les autres, ce qui la caractérise véritablement et en constitue la force et le crédit, c'est l'obligation personnelle et solidaire que ses engagements mettent à la charge de chacun des associés. Ceci sera plus amplement expliqué dans les observations qui vont suivre et qui auront successivement pour objet : 1° les caractères généraux de la société en nom collectif; 2° les règles relatives à la gestion de cette société; 3° les conséquences des engagements sociaux.

SECTION PREMIÈRE

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF.

SOMMAIRE.

I. 1331. La définition de l'art. 20 est défectueuse : d'abord en ce qu'elle ne fait pas mention de l'obligation personnelle et solidaire des associés; — 1332. Ensuite en ce que les caractères qu'elle attribue à la société collective ne lui sont pas propres exclusivement. — 1333. Définition qui pourrait être substituée à celle de la loi. — 1334. Cependant l'art. 20 contient des énonciations dont la portée doit être précisée.

II. 1335. Et d'abord, la société en nom collectif *a pour objet de faire le commerce.* Mais c'est faire le commerce que se livrer à l'exploitation de l'une de ses branches. — 1336. On verrait à tort l'association en participation dans la société formée en vue d'une telle exploitation. — 1337. Le point de savoir si une so-

(1) Voy. MM. Molinier (n° 256), Foureix (n° 24).

ciété est collective ou en participation présente à résoudre une question de droit, non de fait.

III. 1338. En second lieu, la société en nom collectif fait le commerce *sous une raison sociale* : renvoi en ce qui concerne l'origine, la définition, la composition de la raison sociale, et la responsabilité résultant de ce que la composition en serait irrégulière et illicite. — 1339. La raison sociale est fixée habituellement par le contrat de société. Cependant elle n'est pas de l'essence de la société en nom collectif. — 1340. Par suite, à défaut de stipulation à cet égard, la société n'en existe pas moins. — 1341. Elle est apte à agir, sauf le droit des tiers intéressés de prouver que les actes faits par tel ou tel associé ont été accomplis pour le compte de la société. — 1342. Du cas où, à défaut de raison sociale fixée par l'acte de société, les associés adoptent, dans leurs actes, une qualification ou une désignation susceptible d'en tenir lieu.

I. — 1331. Suivant l'art. 20 du Code de commerce, « la société en nom collectif est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre, et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale. » Avant de reprendre cette disposition et d'en expliquer les termes, nous avons à faire remarquer que, comme définition, — puisqu'elle en affecte la forme, — elle est défectueuse sous plus d'un rapport. Définir, c'est expliquer une chose par les attributs qui la distinguent, par les caractères qui lui sont propres et lui appartiennent exclusivement à tout autre. Or, ce qui est caractéristique et distinctif dans la société en nom collectif, c'est, nous l'avons indiqué déjà et nous y insisterons bientôt, l'obligation personnelle et solidaire qu'engendre la société et dont tous les associés sont tenus vis-à-vis des créanciers sociaux (*infrà*, nos 1372 et suiv.). C'est donc là ce qu'une exacte définition devrait par-dessus tout mettre en lumière. Et justement c'est ce qui n'apparaît en aucune façon dans celle de l'art. 20.

1332. Ce n'est pas tout : même dans ce qu'il exprime, cet article ne répond pas aux nécessités d'une bonne définition. Dire que la société en nom collectif a pour objet *de faire le commerce sous une raison sociale*, c'est préciser un caractère qui, loin d'être propre à cette espèce de société, est commun à plusieurs et même à toutes. En effet, toute association commerciale, quelle qu'en soit la forme, en nom collectif, anonyme ou en commandite, a nécessairement pour objet de faire un commerce, d'exercer une industrie. Et quant à la condition d'agir sous une raison sociale, si elle ne s'impose pas à toutes les sociétés, il est certain au moins que la société collective n'est pas la seule à laquelle elle soit imposée.

1333. Nous dirons donc, pour substituer à l'art. 20 une définition plus et mieux explicative, que la société en nom collectif est celle qui, formée entre deux personnes ou un plus grand nombre, en vue de faire en commun le commerce au nom de tous les associés, les oblige tous et chacun personnellement et solidairement aux engagements contractés par la société.

1334. Néanmoins, l'art. 20 contient certaines indications qui, sans être absolument caractéristiques, sont cependant propres à faire reconnaître la société en nom collectif, et à la distinguer, sinon de toutes les associations commerciales, au moins de quelques-unes. A ce titre, il convient d'en reprendre les termes et d'en préciser la portée,

II. — 1335. Et d'abord, la société en nom collectif, d'après l'article 20, a pour objet de faire le commerce. Cela ne doit pas être pris seulement dans le sens absolu. *Faire le commerce,* dans la pleine acceptation du mot, c'est se livrer aux opérations innombrables et d'une infinie variété qui constituent le commerce pris généralement. Sans doute, ceux-là pourraient être considérés comme formant entre eux une société en nom collectif qui s'associeraient pour faire le commerce dans ces conditions de généralité. Mais la pensée du législateur ne s'arrête pas à cette hypothèse. C'est aussi faire le commerce, dans le sens de l'art. 20, que consacrer ses capitaux, ses soins, son crédit, à l'exploitation, soit d'une industrie particulière, soit d'une branche de commerce. Ainsi, on pourrait voir également la société en nom collectif dans l'association de plusieurs personnes réunies pour accomplir, dans leur ensemble et pendant une période de temps déterminée, des opérations de change, de banque, de courtage, ou une entreprise de manufacture, de commission, de transport, ou toute autre affaire rentrant dans la catégorie des actes que la loi énumère sous la qualification d'actes de commerce (C. comm., art. 632 et 633). C'est même, à vrai dire, l'hypothèse la plus ordinaire. Et, sous l'empire de l'ordonnance de 1673, qui pourtant donnait au contrat le nom de *société générale,* c'est celle que Pothier avait spécialement en vue; car, suivant sa définition, la societé en nom collectif est celle « que font deux ou plusieurs marchands, pour faire en commun *un certain commerce* au nom de tous les associés. » (1)

1336. La jurisprudence, pourtant, s'y est méprise parfois. Ainsi, la Cour de cassation a refusé de voir la société en nom collectif dans l'association formée pour l'exploitation, pendant une période de temps déterminée, d'un établissement de bains publics (2), et pour l'exploitation d'agences de publicité (3). Des cours d'appel ont décidé de même par rapport à des associations formées pour l'exploitation d'un brevet d'invention (4), pour l'exploitation de transports de passagers par bateaux à vapeur (5), pour la publication d'un journal (6), pour l'exploitation d'un commerce de grains (7), etc., etc. Dans ces hypothèses diverses, le juge a vu dans la convention, non point la société en nom collectif, mais l'association en participation que la loi commerciale, en la reconnaissant, déclare relative *à une ou plusieurs opérations* (C. comm., art. 47 et 48). Ce n'est pas ici le lieu de discuter ces décisions et beaucoup d'autres qui tiennent au même ordre d'idées. Nous aurons à les apprécier dans le chapitre V de ce titre en traitant de l'association

(1) Pothier (*Cont. de soc.*, n° 57).
(2) Req., 5 juill. 1825 (S.-V., 26, 1, 413; Dall., 25, 1, 354; *J. Pal.*, à sa date).
(3) Req., 4 déc. 1860 (*J. Pal* 1861, p. 1020; Dall., 61, 1, 302; S.-V., 62, 1, 575).
(4) Rouen, 19 janv. 1844; Amiens, 18 janv. 1845 (S.-V., 44, 2, 393; 45, 2, 362; *J. Pal.*, 1844, t. II, p. 495; Dall., 44, 2, 204).
(5) Bordeaux, 14 mai 1841 (Dall., 42, 2, 8).
(6) Paris, 9 mars 1843 (S.-V., 43, 2, 273; *J. Pal.*, 1843, t. I, p. 633).
(7) Agen, 23 nov. 1853 (S.-V., 54, 2, 23; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 420; Dall., 55, 5, 420).

en participation. Mais constatons, en attendant, que lorsque, comme dans la plupart des espèces ci-dessus relevées, des parties se sont associées en vue d'une exploitation constituant un commerce fixe et continu, embrassant, par conséquent, un ensemble d'affaires et sans limitation toutes les opérations qui pourront se présenter pendant toute la période fixée par la convention, il est vrai de dire qu'elles sont unies *pour faire le commerce* dans le sens de l'art. 20, et non pas seulement *pour une ou plusieurs opérations* dans le sens de l'art. 48. La société est donc en nom collectif si, d'ailleurs, les autres conditions inhérentes à ce genre de société sont remplies. Elle ne saurait être l'association en participation qui, si elle peut avoir pour objet une série d'affaires et même être contractée pour un certain temps (voy. *loc. cit.*), n'est cependant une association de l'espèce qu'à la condition d'être purement transitoire comme les opérations auxquelles elle est appliquée.

1337. Ceci montre que le point de savoir si une société est en nom collectif ou en participation présente à résoudre une question essentiellement de droit, non de fait. Quelques auteurs enseignent, cependant, que « la distinction entre une association en participation et une société en nom collectif est laissée à l'appréciation des tribunaux. » (1) Et, comme nous l'avons indiqué déjà (*suprà*, n° 105), c'est la jurisprudence constante de la Cour de cassation, d'après laquelle la question de savoir si une association commerciale constitue une simple participation ou une société en nom collectif entraînant comme telle la solidarité des associés vis-à-vis des tiers, serait une question de fait exclusivement dévolue à l'appréciation des juges du fond et dont la solution ne pourrait donner ouverture à cassation (2). Toutefois, en cela, nous le répétons, la Cour suprême ne tient pas suffisamment compte de ses prérogatives, même de ses attributions. Sans doute, il appartient aux juges du fond de dire que tels sont les faits, telles les intentions des parties dans la cause qui leur est soumise. Sur ces points, leur appréciation, quelle qu'elle soit, reste à l'abri de tout contrôle judiciaire. Mais autrement en est-il de la qualification légale de faits constatés et déclarés; c'est là un point qui rentre essentiellement dans le domaine de la Cour de cassation, parce qu'il n'est et ne peut être que l'application de règles de droit ou de principes posés par le législateur. Ainsi, dans notre espèce, il est certain que la société collective et l'association en participation ont l'une et l'autre des caractères propres que la loi elle-même a déterminés : la première, selon l'expression de l'article 20 du Code de commerce, a pour objet de *faire le commerce*, ou, comme dit Pothier, de *faire un certain commerce*, tandis que, suivant l'art. 48 du même code, la seconde est relative *à une ou plusieurs opérations commerciales*. Il y a donc violation de la loi lorsque, tout en

---

(1) Voy. MM. Pardessus (n° 1066 *bis, in fine*); Bédarride (n° 232).

(2) Voy. notamment l'arrêt déjà cité de la chambre des requêtes du 5 juillet 1825. Voy. aussi Rej., 7 déc. 1836, 8 janv. 1840 et 8 mai 1867 (S.-V., 37, 1, 650; 40, 1, 19; 67, 1, 313; Dall., 37, 1, 219; 40, 1, 53; 67, 1, 225; *J. Pal.*, 1837, t. I, p. 504; 1840, t. I, p. 168; 1867, p. 849).

constatant que telle société s'est formée pour accomplir successivement, et jour par jour, toutes les opérations inhérentes à l'industrie, à la branche de commerce objet de la société, et toutes les affaires qui pourront se présenter dans cette industrie ou dans ce commerce pendant toute la période fixée par la convention, les juges du fond qualifient pourtant cette société de participation, ou, à l'inverse, quand ils qualifient de société en nom collectif une association qui, suivant leur propre déclaration, s'était formée en vue de certaines opérations purement transitoires. Et, par conséquent, la Cour suprême abdique véritablement lorsqu'en présence de ces qualifications illégales et fausses, elle se déclare impuissante à exercer le pouvoir censorial dont elle est investie (1). Au surplus, la Cour de cassation elle-même a constamment retenu le droit de réviser les appréciations des juges du fond lorsqu'elles aboutissent à qualifier d'association en participation des agissements qui, d'après les faits constatés, impliquent une convention de mandat, ou réciproquement. Les caractères respectifs du mandat et de la participation étant nettement précisés par la loi, elle a justement pensé qu'elle ne saurait être liée par une qualification erronée, et qu'il lui appartient de censurer, comme contraire à la loi, toute décision dans laquelle se montre la confusion de l'une de ces conventions avec l'autre (2). Or, les caractères respectifs de la société collective et de l'association en participation sont également précisés par la loi. On s'explique donc difficilement qu'il y ait, aux yeux de la Cour de cassation, un simple mal jugé, et non une violation flagrante de la loi, dans le fait de qualifier société collective ce qui est une simple participation, ou, à l'inverse, participation ce qui est une société collective.

III. — 1338. En second lieu, la société en nom collectif, d'après l'art. 20, fait le commerce *sous une raison sociale*. Nous avons insisté, dans le titre précédent, sur la raison sociale considérée comme condition constitutive des sociétés de personnes. Nous avons dit ce qu'est la raison sociale, quelle en est l'origine, quels en sont l'objet, le principe ou la cause, comment elle doit être composée, et quelles seraient les conséquences de l'inobservation des prescriptions de la loi à cet égard (*suprà*, nos 832 à 850). Nous n'avons pas à revenir sur ces points, et nous passons à l'examen de ce qu'il peut y avoir d'essentiel dans l'accomplissement de cette condition.

1339. La raison sociale est fixée, en général, par le contrat de société. C'est par une clause spéciale de l'acte que les associés, habituellement, donnent à la société le nom de commerce qui, ensuite, sera mentionné dans l'extrait dont la publication est exigée par la loi (*suprà*, n° 1149). Ainsi en est-il généralement. Ce n'est pas à dire, pourtant, qu'une société cesserait d'être en nom collectif parce que les associés n'auraient pas fait l'indication dans l'acte ou que même ils auraient

---

(1) Voy., en ce sens, MM. Delangle (n° 213), Jules et Justinien Bourgeois (p. 210 et 211).

(2) Cass., 4 déc. 1839 (S.-V., 39, 1, 897; Dall., 40, 1, 41; *J. Pal.*, à sa date); 4 juin 1860 (Dall., 60, 1, 267; *J. Pal.*, 1860, p. 702; S.-V., 61, 1, 75).

omis, dans le cours de la société, de convenir d'une raison sociale. Quelques auteurs, et parmi eux Troplong, ont bien dit que la raison sociale est de l'*essence* de la société en nom collectif; que, sans raison sociale, la société cesserait d'être une société collective et tomberait dans la classe des sociétés en participation.» (1) Toutefois, ces auteurs eux-mêmes, lorsqu'ils vont au fond des choses, corrigent ce qu'il y a d'absolu dans l'expression, et reconnaissent que la raison sociale est plutôt de la nature que de l'essence de la société collective, et que l'obligation de créer un nom social n'est pas telle qu'à défaut, les associés puissent être considérés comme engagés dans une simple participation. On peut consulter en ce sens un arrêt de la chambre des requêtes, d'après lequel, bien qu'une société ne soit pas formée sous une raison sociale, elle peut cependant, d'après les circonstances, être considérée comme une société en nom collectif, lorsque d'ailleurs il résulte des conventions des parties qu'elle ne constitue pas une simple association en participation, et que, d'un autre côté, l'absence de tout écrit limitant l'obligation des associés ne permet pas d'y voir une société en commandite (2).

1340. Supposons donc que les associés, en formant leur société, ont négligé de suivre la marche ordinaire et normale. Ainsi, ils ont établi une société en nom collectif, mais ils ont omis de dire quelle serait la raison de commerce; ou bien encore, en s'associant collectivement en fait, ils n'ont pas dressé d'acte constatant leur accord. Quelle va être la situation de la société? Et comment ses rapports avec les tiers seront-ils établis? Comme, en ces cas, il ne peut pas y avoir de raison sociale proprement dite, la société n'aura pas de nom. Sa situation, sous ce rapport, est semblable à celle d'un enfant qui n'aurait pas d'acte de naissance ou auquel, par une supposition en quelque sorte impossible, son acte de naissance ne donnerait aucun nom. Cet enfant, sans nom légalement, n'en existerait pas moins. De même, à défaut de désignation d'une raison sociale, la société collective n'aurait pas un nom de commerce; elle existerait néanmoins et pourrait fonctionner. Car dès que la raison sociale n'est pas de l'essence de la société en nom collectif, il s'ensuit qu'une omission à cet égard ne constituerait ni un vice irrémédiable, ni surtout une cause de nullité. Il en serait ainsi même dans le cas où l'omission proviendrait de ce que la société n'aurait pas été constatée par écrit; car si, à défaut d'écrit, la société est nulle, c'est seulement entre associés; ce n'est pas à l'égard des tiers, vis-à-vis desquels le contrat, même non écrit, est susceptible de produire tous ses effets (*suprà*, n° 1217).

1341. Donc, il est certain que, toute privée qu'elle est d'une raison sociale nettement précisée, la société en nom collectif n'en est pas moins apte à agir, à traiter, à contracter. Elle agira et traitera par l'intermédiaire de ses membres, par le ministère de ses gérants agissant

(1) Voy. Troplong (n° 376). *Junge* M. Bédarride (n° 127).
(2) Req., 10 août 1859 (Dall., 59, 1, 360; S.-V., 60, 1, 29; *J. Pal.*, 1860, p. 425).

pour la chose commune et dans l'intérêt de tous. Seulement, comme les associés ont négligé d'adopter une raison sociale, le signe distinctif auquel on reconnaît les opérations faites par la société fera, dans ce cas, complétement défaut; et il en pourra résulter des doutes sur le caractère de l'acte accompli par tel ou tel associé. Aussi convient-il de laisser toujours entière l'action des tiers intéressés. De même qu'ils sont admis à prouver l'existence d'une société non constatée par écrit, de même, et incontestablement, ils seront admissibles à prouver que telle opération, tel marché conclu avec un associé a été fait pour le compte de la société et à sa considération. Et, cette preuve faite, la société et les associés seront obligés aussi bien et aussi complétement que si la société eût été constituée avec désignation d'une raison sociale et que tout se fût accompli sous le nom adopté. Ne pas se servir de la raison sociale quand il en a été choisi une est chose grave et qui, nous le verrons bientôt, peut avoir des conséquences sérieuses. Mais de ce que la société, qui a négligé de prendre un nom, est, par la force même des choses, empêchée d'agir sous une raison sociale proprement dite, il ne s'ensuit en aucune manière que ses actes ne doivent pas l'obliger. L'absence de stipulation à cet égard ne fait pas, nous le répétons, qu'elle ne puisse pas avoir une existence sociale. Et quand il est démontré, par les faits, par les agissements, par les habitudes des associés, qu'une opération a été faite pour le compte de la société, tout est dit : les engagements qui naissent de cette opération restent obligatoires pour les associés, dans les mêmes conditions que si la société s'était donné un nom sous lequel l'opération aurait été accomplie.

1342. En de telles circonstances, il arrivera sans doute que les associés ou les gérants agissant, les uns et les autres, sous leur nom suivi de la formule collective « et compagnie », diverses qualifications apparaîtront dans les actes, qui, pourtant, désigneront la même société. Mais il se pourra faire aussi qu'une seule qualification soit acceptée par habitude, et qu'elle se montre toujours la même, dans tous les actes, dans toutes les transactions de la société. Dans cette hypothèse, cette qualification pourrait être considérée comme constituant une véritable raison sociale. Du moins, elle en tiendrait lieu; et, par lui-même, l'emploi qui en serait fait permettrait aux tiers intéressés d'affirmer que l'acte dans lequel elle a été prise est un acte social. Ajoutons, toutefois, que si, dans ce cas, tel ou tel acte était accompli, par exception, sous une autre qualification que celle dont l'emploi est habituel dans la société, cette circonstance ne serait pas susceptible de paralyser l'action des tiers intéressés; il appartiendra à ceux-ci de prétendre et ils seront toujours admissibles à prouver que l'acte n'en a pas moins été fait pour le compte de la société. Les associés ne seraient pas fondés à se prévaloir de leur formule habituelle contre les tiers; à la différence de ceux qui auraient véritablement une raison sociale, stipulée dans l'acte de société et signalée aux tiers par l'extrait publié, ils ne pourraient pas dire : « Ce n'est pas la société qui a contracté, car le contrat n'est pas signé du nom de commerce de la société. » Ce langage leur serait in-

terdit, parce que la qualification adoptée et habituellement suivie pour tenir lieu de raison sociale ne saurait avoir le même caractère ni la même valeur qu'une raison sociale spécialement stipulée. On doit n'admettre qu'avec ces limitations et ces réserves cette proposition de Troplong : « La raison sociale n'est pas quelque chose de sacramentel; *la formule se remplace utilement* par des faits graves, équivalents, et par la force des choses. » (1)

SECTION II

GESTION ET ADMINISTRATION DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF.

SOMMAIRE.

I. 1343. La loi commerciale étant muette sur l'administration des sociétés collectives, il y a lieu de se référer aux règles du droit civil, applicables en grande partie à ce genre de société commerciale.

II. 1344. Organisation de l'administration. Les distinctions établies par la loi civile doivent être appliquées à la société en nom collectif. — 1345. Ainsi, à défaut de stipulation spéciale dans l'acte de société, tous les associés ont le droit d'administrer; — 1346. Ou bien celui de pourvoir à l'administration par un acte postérieur à la formation du contrat. — 1347. Différence, quant à la révocabilité, entre le gérant statutaire et le gérant nommé après coup : renvoi. — 1348. La gérance, bien qu'elle soit une sorte de mandat, comporte cependant l'allocation d'une indemnité. — 1349. Toutefois, le gérant, à la différence du mandataire ordinaire, n'a pas le droit de retenir les choses de la société jusqu'au remboursement de ce qui peut lui être dû à raison de la gestion.

III. 1350. La gestion de la société peut être déléguée par les associés à des personnes étrangères à la société. — 1351. Dans ce cas, le gérant oblige la société sans s'obliger lui-même, en principe. — 1352. Il a l'usage de la raison sociale, et il oblige la société en l'employant, même sans indiquer qu'il agit par procuration. — 1353. Mais s'oblige-t-il lui-même en ce cas? — 1354. Distinction. — 1355. Résumé.

IV. 1356. Quoique plus étendus en matière commerciale qu'en matière civile, les pouvoirs du gérant n'en sont pas moins limités, en principe, aux actes d'administration. — 1357. Cependant, en fait et dans la pratique, la distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition doit être appliquée suivant la nature et le but de la société. — 1358. Application. — 1359. Suite. Le gérant ne pourrait pas, sans un pouvoir spécial, user, au nom de la société créancière hypothécaire, du droit de surenchérir accordé à tout créancier inscrit. — 1360. Au contraire, il pourrait seul, et sans pouvoir spécial, mettre fin à une contestation sociale par voie de transaction ou de compromis.

V. 1361. D'ailleurs, les pouvoirs ordinaires du gérant peuvent être limités par la convention. — 1362. Mais les clauses dérogatoires à cet égard ne sont opposables aux tiers qu'autant qu'elles ont été rendues publiques. — 1363, 1364. *Quid* en ce qui concerne la clause qui imposerait au gérant l'obligation de faire toutes les opérations au comptant?

VI. 1365. L'emploi de la raison sociale appartient exclusivement au gérant : conséquences. — 1366. Outre le nom qui la personnifie, la société collective a presque toujours un domicile. — 1367. Conséquences au point de vue des contestations judiciaires dans lesquelles la société peut être engagée. — 1368. Règles relatives au lieu où elle doit être assignée et à la personne à qui l'assignation doit être laissée. — 1369. Du tribunal devant lequel la société doit être assignée. — 1370. Suite.

I. — 1343. La société en nom collectif, être moral, personne purement juridique, ne peut agir ni fonctionner par elle-même. Il faut, dès qu'elle est formée, que des administrateurs ou des gérants la représentent et agissent pour elle. Comment donc l'administration ou la

(1) Troplong (nº 376).

gérance doit-elle être constituée? Et, quand elle est constituée, quels sont les pouvoirs, quel est le mode d'actions des gérants ou des administrateurs? Sur ces points, les seuls dont nous ayons à nous occuper dans cette section, la loi commerciale est muette. L'art. 22 du Code de commerce suppose bien une administration agissant pour la société, puisqu'il précise les conditions de validité et les conséquences des engagements que la société, *être moral,* n'a pu consentir ou prendre par elle-même. Mais il n'y a, ni dans cet article, ni dans aucun autre, rien qui se rapporte à la constitution même et à l'organisation de la gérance. Par conséquent, il faut, à cet égard, se référer aux dispositions de la loi civile, lesquelles, on le sait, sont applicables aux sociétés de commerce dans tous les points où il n'y a pas été dérogé par la loi commerciale. Toutefois, il ne suffirait pas d'une simple référence à l'explication des art. 1856 et suivants du Code civil, qui statuent spécialement sur l'administration des affaires sociales. Car si les règles exposées à cet égard (*suprà,* n°s 493 et suiv.) sont, en très-grande partie, applicables à l'administration des sociétés collectives, il y a cependant, tant sur l'administration que sur le mode d'action, quelques particularités à noter dans l'application de ces règles à ces dernières sociétés.

II. — 1344. Quant à la constitution même de la gérance ou de l'administration, la loi civile laisse la plus grande latitude aux associés; elle n'intervient, pour instituer un régime légal, que lorsque, volontairement ou par négligence, ils ont omis de s'expliquer eux-mêmes. Le législateur suppose, en ce dernier cas, que les parties ont entendu constituer une administration collective, et, sanctionnant leur volonté présumée, il déclare qu'à défaut de stipulations spéciales, les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre (C. comm., art. 1859 : *suprà,* n°s 546 et suiv.). Mais il appartient toujours aux parties de constituer une administration. Elles peuvent choisir parmi les associés ou même en dehors (*infrà,* n° 1350), celui ou ceux à qui il leur conviendrait de confier la conduite des affaires sociales. Elles peuvent nommer le gérant ou les gérants, soit au début de la société et dans l'acte même qui la constitue, soit ultérieurement, au cours des opérations sociales, par un acte spécial intervenant entre elles à cet effet. Seulement, le pourvoi des gérants ou des administrateurs diffère quant à son caractère, suivant que la nomination est faite de l'une ou de l'autre manière : essentiellement irrévocable quand il est conféré par une clause du contrat de société, le pouvoir peut, au contraire, être révoqué, comme un simple mandat, quand il est donné par un acte postérieur. Telles sont, en substance, les règles établies pour les sociétés civiles (C. civ., art. 1856 et suiv. : *suprà,* n°s 493 et suiv.). Nous allons voir qu'en principe elles sont toutes applicables aux sociétés commerciales en nom collectif.

1345. Sans doute, l'administration, dans ces sociétés, sera, en général, organisée par l'acte constitutif lui-même. La loi commerciale le suppose; et c'est dans cette pensée que, statuant *ex eo quod plerumque fit,* elle exige, par l'art. 43 du Code de commerce, aujourd'hui par

l'art. 57 de la loi du 24 juillet 1867, que l'extrait publié de l'acte de société contienne « la désignation des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société. » Mais il ne s'ensuit en aucune manière qu'il n'en puisse jamais être autrement. Il se peut que le pacte social ne contienne aucune stipulation. En ce cas, l'art. 1859 du Code civil serait incontestablement applicable. Tous les associés auraient donc le droit d'administrer, aux termes de cet article, qui, à défaut de clause spéciale sur le mode d'administration, confère à tous et à chacun les pouvoirs de gérant. S'il fallait une preuve de la vérité de cette proposition, elle résulterait de l'art. 22 du Code de commerce, qui, évidemment, suppose la qualité d'administrateur dans tout associé, lorsqu'il déclare obligatoire pour la société l'engagement souscrit de la raison sociale, même par un seul des membres de la société.

1346. De même, l'acte social étant muet, les associés pourront, s'ils ne veulent pas rester soumis au régime légal qu'ils paraissaient avoir accepté par leur silence, pourvoir eux-mêmes à l'administration, et désigner, par un acte spécial intervenant au cours des opérations sociales, la personne ou les personnes à qui l'administration sera désormais confiée. Sans doute, un tel acte constituera l'une des modifications qui, aux termes de l'art. 46 du Code de commerce (61 de la loi du 24 juillet 1867), doivent être rendues publiques dès qu'elles se produisent. Sans doute encore, il faudra que la modification soit consentie par *tous les associés,* car il s'agit, en définitive, de changer le régime qu'ils avaient tous accepté, et un tel changement, par cela même qu'il implique dérogation au pacte social, ne peut être imposé à aucun par la majorité (*suprà,* n° 499). Mais la modification n'en est pas moins permise, et, sauf l'accomplissement de ces conditions de forme et de fond, l'administration établie par l'acte modificatif sera légalement constituée.

Le contraire a été prétendu, cependant. Si, dans les sociétés civiles, a dit M. Bravard, les administrateurs peuvent, d'après l'art. 1856 du Code civil, être nommés par l'acte de société ou par un acte postérieur, dans les sociétés de commerce en nom collectif, « ils doivent toujours être nommés par l'acte de société. En effet, une société ne peut se mettre en rapport avec les tiers que par l'entremise de ses administrateurs; or, toute société commerciale est destinée, mais surtout les sociétés de personnes, à établir entre elles et les tiers des rapports réguliers, permanents. Pour que ces rapports soient possibles, il faut qu'elle ait des administrateurs; donc, la nomination des administrateurs doit être concomitante à la naissance de la société, qui, sans cela, ne pourrait pas fonctionner, et, par suite, exister... » (1) Mais l'argument prouve trop. Car on pourrait dire des sociétés civiles ce que l'auteur dit des sociétés commerciales en général et des sociétés collectives en particulier. Évidemment, les sociétés civiles, aussi bien que les au-

(1) M. Bravard (*Traité des sociétés commerciales,* p. 53), ouvrage publié par les soins de M. Demangeat, après la mort de l'auteur.

tres, ont besoin d'administrateurs qui les mettent en rapport avec les tiers; c'est si vrai que lorsqu'elles négligent d'en choisir, la loi intervient et en choisit elle-même en leur lieu et place. Il n'y a donc, sous ce rapport, aucune différence entre les sociétés commerciales en nom collectif et les sociétés civiles. Par cela même, on n'aperçoit pas pourquoi elles n'auraient pas, les unes et les autres, le bénefice de l'article 1856, et, par conséquent, la faculté, lorsqu'elles ont omis d'organiser une administration dans l'acte même de société, d'y pourvoir après coup par un acte postérieur au contrat. — Du reste, on peut douter que l'auteur eût maintenu l'opinion par lui émise dans un ouvrage dont la publication a suivi sa mort. Car il avait reconnu, dans un autre ouvrage publié de son vivant que si, en général, dans les sociétés de commerce, le choix des administrateurs constitue l'une des conditions du contrat, il peut néanmoins arriver exceptionnellement que leur nomination ou leur désignation ne soit faite que par un acte postérieur (1).

1347. D'après cela, on ne peut pas dire d'une manière absolue « que la nomination des administrateurs participe à l'irrévocabilité du contrat de société. » (2) Cela est vrai des administrateurs nommés par l'acte même de société, non de ceux qui seraient nommés ultérieurement par un acte postérieur. Les premiers, comme gérants statutaires, ont, en effet, un pouvoir qui ne peut être révoqué pendant la durée de la société, si ce n'est pour cause légitime. Mais les seconds sont de simples mandataires auxquels leurs pouvoirs peuvent toujours être retirés par les mandants de qui ils les tiennent, c'est-à-dire par la société ou par les associés. Nous avons présenté là-dessus, en commentant les art. 1856, 1857 et 1858 du Code civil, comme aussi sur le contrôle par les associés de la gestion des administrateurs, des observations auxquelles nous ne pouvons que nous référer (*suprà,* n°s 497, 503 et suiv.).

1348. L'associé qui administre ne fait, à vrai dire, qu'exercer un mandat. Or, le mandat étant gratuit de sa nature, il s'ensuit, en principe, que l'associé qui gère ne peut se prévaloir de sa qualité de gérant pour réclamer un salaire ou une indemnité. C'est le droit commun. Néanmoins, il peut être modifié par la convention; et il arrive fréquemment que l'acte de société attribue au gérant, à raison des soins qu'il devra donner à la chose commune, un traitement ou une commission qui rentre généralement dans les frais généraux de l'opération (3). Au fond, rien n'est plus légitime. Une gérance peut absorber tout le temps de celui que la société y prépose; il est juste qu'elle soit rémunérée. La société est donc engagée vis-à-vis du gérant auquel un salaire ou un traitement est alloué par l'acte de société. La jurisprudence va jusqu'à dire que le salaire peut être dû quand même il ne serait pas expressément stipulé, s'il résulte des circonstances et de la nature même de

---

(1) M. Bravard (*Man. du droit comm.*, p. 93 et 94).
(2) M. Bravard (*Soc. comm.*, p. 54).
(3) *Comp.* Aix, 1er mai 1869 (S.-V., 70, 2, 150; *J. Pal.*, 1870, p. 599).

l'affaire que, dans la pensée des parties, le gérant devait être rétribué. C'est aux tribunaux alors qu'en cas de contestation il appartient de statuer tant sur le principe même que sur le règlement de l'indemnité (1).

1349. Cependant, le gérant ne saurait à tous égards être assimilé au mandataire ordinaire. Par exemple, nous avons dit ailleurs que, par une application spéciale de l'art. 1948 du Code civil, le mandataire a un droit de rétention qui lui permet de ne pas se dessaisir des choses à lui remises pour l'accomplissement du mandat, jusqu'au remboursement de ce qui lui est dû à raison de ce mandat (2). Or, un tel droit n'appartiendrait pas au gérant d'une société. Il ne peut pas lui être permis de retenir les choses de la société nécessaires à sa marche jusqu'au parfait payement du traitement que le pacte social lui aurait alloué, ou même des avances qu'il aurait faites pour la société. Ainsi a jugé la Cour de cassation (3). Dans l'espèce, après neuf ans de gérance, un associé avait été remplacé dans ses fonctions par un nouveau gérant. Celui-ci, en prenant l'administration, reconnut aussitôt que des titres, des pièces et des documents appartenant à la société avaient été déplacés et se trouvaient entre les mains du syndic de la faillite d'une maison de banque à laquelle le précédent gérant était aussi associé. Il en réclama la restitution, qui fut refusée sous prétexte que l'ancien gérant était créancier de la société, et que, dès lors, les titres et documents pouvaient être retenus par lui ou pour lui jusqu'à l'apurement de la créance. La prétention avait prévalu devant les juges du fond. Mais, sur le pourvoi formé par la société, la décision a été cassée, par ces motifs décisifs « que si l'art. 1948 est en général applicable au mandataire pour les avances qu'il a faites à raison de son mandat, on ne peut, à ce point de vue, considérer l'associé gérant d'une société comme un mandataire ordinaire; qu'en effet, l'associé gérant ne détient pas les pièces et livres de la société comme dépositaire ou mandataire; que ces documents, nécessaires à la marche et au fonctionnement de la société, ne peuvent être distraits du siége social dans l'intérêt exclusif du gérant; que celui-ci n'a sur ces documents, indépendamment de sa qualité d'associé, aucun titre de possession personnelle qui soit corrélatif à la créance dont il poursuit le recouvrement contre la société; que, dès lors, le droit de rétention auquel il voudrait prétendre manque de base. »

III. — 1350. Nous avons supposé jusqu'ici l'administration confiée par la société à l'un ou à plusieurs de ses membres. Mais pourrait-elle être remise aux mains d'une personne étrangère à la société? Dans les sociétés civiles, l'affirmative est certaine : les administrateurs, que l'on prend habituellement dans la société, peuvent cependant être pris en dehors lorsque telle est la volonté des associés; il y a seulement cette

---

(1) Voy. les deux arrêts des Cours de Nancy, 24 août 1841, et de Rennes, 21 juin 1821, rapportés par M. Dalloz (*Rép.*, vº Société, nºˢ 888 et 889).
(2) Voy. notre *Traité-Commentaire des Petits Contrats* (t. II, nº 1306).
(3) Cass., 29 nov. 1871 (S.-V., 71, 1, 225; *J. Pal.*, 1871, p. 716; Dall., 71, 1, 209).

différence entre l'associé gérant et le gérant étranger, que le pouvoir de celui-ci n'a, dans aucune hypothèse, le caractère d'irrévocabilité propre au pouvoir de l'associé gérant dans le cas où il est nommé par l'acte de société (*suprà,* n° 498). Il n'y a pas de raison, assurément, pour ne pas suivre les mêmes règles dans les sociétés commerciales en nom collectif. Aussi reconnaît-on généralement que les associés, comme maîtres absolus de donner à leurs affaires la direction qui leur paraît la plus avantageuse, sont absolument libres de confier l'administration de ces affaires à une ou plusieurs personnes étrangères à la société (1). C'est une simple délégation du droit que chaque associé pourrait exercer lui-même. Il n'y a pas de motif pour refuser à aucun d'eux la faculté de renoncer à l'exercice de ce droit et de se substituer un tiers pour l'exercer à sa place.

1351. Cette solution a, néanmoins, été contestée. « Il est bien évident, a-t-on dit, que le gérant entre les mains duquel se trouve concentrée l'administration de la société, qui a le pouvoir exécutif, *doit être nécessairement un des membres de la société;* on ne pourrait pas nommer une personne étrangère à la société, et violer ainsi les principes de ce contrat, en rendant le gérant passible des pertes, sans le faire profiter des bénéfices qui appartiendraient exclusivement aux associés. » (2) Mais le vice du raisonnement apparaît de lui-même. On suppose que le gérant étranger autorisé à signer de la raison sociale serait tenu vis-à-vis des tiers des engagements sociaux par cela même qu'il les aurait signés. Or, il n'en est rien. Le gérant étranger ne participe pas plus aux pertes, en principe, qu'il n'a droit aux bénéfices. Il oblige bien ses mandants, c'est-à-dire la société, en se servant de la signature sociale que son mandat même l'autorise à employer; mais il l'oblige sans s'obliger lui-même. C'est une règle élémentaire en matière de mandat.

1352. Toutefois, cette idée que l'administrateur étranger à la société oblige la société sans s'obliger lui-même, a besoin d'être précisée. En cette qualité d'administrateur, il représente la société, au nom de laquelle il peut stipuler. On se demande cependant s'il doit, en signant ce nom, qui est celui de la raison sociale, indiquer qu'il agit et signe par procuration de la société. Au point de vue de la société elle-même et quant à l'engagement des associés, cela n'est évidemment pas nécessaire. Avec ou sans l'addition de la formule *par procuration,* la signature sociale, employée par le gérant même étranger, suffit à obliger la société.

1353. Mais en ce qui concerne le gérant lui-même, il faut distinguer. Suivant quelques auteurs, qui croient pouvoir s'autoriser d'un arrêt de la Cour de Paris, le gérant étranger, en usant de la signature sociale, devrait indiquer qu'il signe comme simple mandataire, sans quoi il

---

(1) Voy. MM. Pardessus (n° 1021), Molinier (n° 314), Alauzet (n° 295), Bravard et Demangeat (*Soc.*, p. 52, à la note), Bédarride (n° 142), Rivière (*Répét.*, p. 65).
(2) Voy. MM. Malepeyre et Jourdain (*Traité des soc. comm.*, p. 124 et 125).

induirait les tiers en erreur sur sa qualité véritable, et il pourrait être déclaré solidairement responsable avec les associés (1). En ces termes, la solution est trop absolue, et l'arrêt invoqué ne la consacre assurément pas. Dans l'espèce, une société avait, à Paris, un comptoir dont la gestion était confiée à un mandataire. Celui-ci s'étant retiré, la société avait annoncé, par circulaire, qu'il était remplacé et que le nouveau gérant aurait la signature sociale, mais *sans indiquer s'il avait cette signature comme associé ou comme simple mandataire*. La société était plus tard tombée en faillite; et il est vrai que, personnellement assigné, le nouveau gérant par lequel avaient été souscrits des effets qu'il avait revêtus de la signature sociale, fut condamné au payement par un arrêt de la Cour de Paris, infirmatif de la décison des premiers juges (2). Mais pourquoi et par quels motifs? La Cour considéra uniquement que rien n'ayant fait connaître que le gérant ne signait que par procuration, les tiers, induits en erreur, avaient pu, de bonne foi, penser qu'il était associé et être déterminés par là à traiter avec la société. Ainsi, la condamnation du gérant a eu pour base, non pas précisément l'absence de la formule *par procuration* à côté de la signature sociale, mais le concours de cette circonstance avec ce fait que ni l'acte d'investiture du gérant, ni l'annonce de cette investiture, ni aucun autre acte, n'avait mis les tiers à même de s'éclairer sur la qualité véritable de celui qui avait revêtu de la signature sociale les engagements de la société. Or, cet arrêt d'espèce fait pressentir la distinction par laquelle doit être résolue la question proposée.

1354. En thèse générale, le gérant non associé n'a pas besoin, pour se mettre personnellement à couvert, d'indiquer, en employant la signature sociale, qu'il en use par procuration. Il a la signature sociale par cela même qu'il est gérant, à la condition, bien entendu, de ne s'en servir que pour les actes rentrant dans ses pouvoirs. Il peut donc, à son gré, faire l'indication ou ne la pas faire. La fait-il, il ne pourra, en aucune hypothèse, être personnellement recherché à raison des affaires de la société. Mais s'il ne la fait pas, on devra nécessairement distinguer. Ou bien la société au nom de laquelle le gérant a traité n'avait pas été accompagnée ou suivie des actes de publicité nécessaires à sa constitution; les tiers, auxquels rien n'a pu faire supposer que les affaires sociales étaient conduites et dirigées par une personne étrangère à la société, seront fondés à prétendre que le gérant, en agissant sous la raison sociale sans indiquer qu'il signait par procuration ou comme simple mandataire de la société, les a induits à penser qu'il était lui-même associé; et il ne serait que juste alors de mettre à la charge de ce gérant, qui par son fait propre a concouru à entraîner les tiers dans une illusion dommageable, la responsabilité dont il est question dans l'arrêt précité de la Cour de Paris. Ou bien, au contraire, la société, dont la gestion est confiée à un étranger, a été régulièrement constituée

(1) Voy. MM. Delangle (n° 260), Bourgeois (p. 221).
(2) Paris, 3 mars 1831 (S.-V., 31, 2, 93; *J. Pal.*, à sa date; Dall., 31, 2, 99).

et annoncée au public dans les formes prescrites par la loi; et alors les tiers n'auront devant eux que les membres de la société, car c'est la société qu'ils ont voulu avoir pour obligée; ils n'auront rien à réclamer au gérant personnellement. Et vainement diraient-ils que, faute par ce dernier d'avoir annoncé qu'il agissait par procuration, ils ont été trompés sur sa qualité et l'ont cru associé. L'extrait publié disait nécessairement le contraire. C'est leur faute s'ils ne l'ont pas consulté avec soin. Avertis par la publicité d'une situation qu'ils auraient connue s'ils l'avaient voulu, ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes de leur défaut de vigilance, et ils ne sauraient rejeter sur autrui la responsabilité d'une erreur qu'il dépendait d'eux d'éviter.

1355. En résumé : l'administration d'une société collective pouvant être déléguée, la gérance d'une telle société peut être donnée à une personne non associée. Le gérant même étranger a, à ce titre de gérant, la signature sociale, en se renfermant dans la mesure des pouvoirs qui lui sont confiés. Si, en usant de cette signature, il ajoute qu'il l'emploie par procuration, le doute n'est pas possible : la société est engagée, et *seule* elle est engagée. S'il omet cette mention en employant la raison sociale qui, par elle-même, est la formule du mandat et son indication, la société, publiée ou non publiée, est encore obligée, quant à elle, puisque c'est son mandataire qui a traité pour elle. Quant au mandataire, il n'est pas personnellement engagé, en principe, d'après les règles du mandat. Mais la responsabilité pourra l'atteindre si, en fait, les tiers qui ont traité avec lui ont pu de bonne foi le considérer comme associé, sans qu'il ait été en leur pouvoir de reconnaître qu'il n'était que gérant ou simple mandataire.

IV. — 1356. Occupons-nous maintenant de la gestion en elle-même, c'est-à-dire du mode d'action et des pouvoirs du gérant.

En matière commerciale, les pouvoirs des gérants ou administrateurs sont, par la force même des choses, très-étendus, incomparablement plus étendus que dans les sociétés civiles. Les nécessités du commerce le veulent ainsi; et cette considération doit n'être jamais perdue de vue quand il s'agit de définir le droit des gérants. Il n'en faut pourtant pas exagérer les conséquences. Ainsi, on a dit qu'au regard des tiers, le pouvoir du gérant résulte suffisamment du fait même de l'association en nom collectif; et, en ce point, l'appéciation est très-exacte, en ce sens que l'acte du gérant d'une société collective doit être présumé fait en vertu de ses pouvoirs. Mais on a ajouté que, dans les rapports de la société en nom collectif avec les tiers, le pouvoir du gérant n'est pas limité aux actes d'adninistration; que la distinction entre ces actes et les actes de disposition serait, si elle était trop soigneusement gardée, une entrave pour le crédit; et que la raison d'utilité doit, sur ce point, faire fléchir les principes qui dominent les sociétés (1). Or, on ne saurait aller jusque-là. La distinction est fondamentale, à notre avis; elle doit être maintenue avec fermeté même dans les sociétés com-

(1) M. Troplong (*Soc.*, nos 809 et 810).

merciales en nom collectif. Après tout, à côté de l'intérêt des tiers contractants, il y a celui des associés non gérants, qui est fort sérieux aussi, et qu'il ne faut pas sacrifier ou méconnaître. Réduits à un simple droit de surveillance dont l'exercice est difficile, ceux-ci sont pour ainsi dire désarmés, à raison de leur confiance même, vis-à-vis de celui ou de ceux qu'ils ont investis de la gérance; il importe d'autant plus qu'ils ne puissent pas être liés par des actes excessifs. Et comme la limitation des pouvoirs aux actes d'administration n'est en définitive que la conséquence de la qualité de mandataire que sa mission donne au gérant, il est juste et naturel que la société ou les associés non gérants soient en droit de s'en prévaloir et de l'opposer, même dans leurs rapports avec les tiers.

1357. Il reste seulement bien entendu qu'en fait et dans la pratique, cette distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition devra être appliquée eu égard à la nature et au but de la société (*suprà*, n° 515). Tout acte rentrant dans les fins pour lesquelles la société a été organisée sera à considérer, quelle qu'en soit la gravité ou l'importance, comme un acte d'administration. Ceux-là seuls seront interdits à l'administrateur qui ne rentreront pas dans les nécessités courantes, dans les besoins journaliers, usuels de la gestion. Certes, on pourra et on devra recourir à ces derniers actes dans des cas extrêmes, de même qu'en certaines situations particulières un individu peut être amené à prendre telle ou telle détermination qui engage sa fortune entière. Mais, alors, c'est à la société elle-même, c'est-à-dire au maître, qu'il appartient de parler. Les associés, sans distinction entre ceux qui gèrent et ceux qui ne gèrent pas, délibéreront sur l'invitation de la gérance; et, d'un commun accord, ils décideront s'il convient d'agir et dans quelle mesure. La Cour de Paris, et, sur le pourvoi, la Cour de cassation, ont jugé en ce sens que le gérant ne peut ni aliéner ni hypothéquer un immeuble dépendant de la société, mais que de tels actes sont possibles, à la condition d'être consentis *par tous les associés* (1).

1358. D'après cela, nous admettons que le gérant peut faire les transactions commerciales, objet même de la société, payer les dettes, en contracter au compte de l'association, souscrire les billets, lettres de change, mandats, traiter avec les fournisseurs et marchands, acheter des matières premières ou des marchandises nécessaires aux besoins de la société, revendre ces objets après confection, ou même avant s'il les trouve de qualité inférieure, faire aux bâtiments, aux usines, aux machines, toutes réparations utiles, etc., etc. Mais, d'un autre côté, nous refusons au gérant le pouvoir d'aliéner les immeubles ou de les grever de charges réelles, celui de faire des libéralités autres que celles qu'autorise l'usage ou que les bienséances prescrivent, à moins qu'il ne s'agisse d'un acte de libéralité imposé à la société par son intérêt même. Ainsi en est-il du cas où le gérant concourt aux opérations de la faillite

---

(1) Paris, 11 déc. 1866; Req., 27 janv. 1868 (S.-V., 68, 1, 53; *J. Pal.*, 1868, p. 120; Dall., 67, 2, 165; 69, 1, 410).

d'un débiteur de la société; le gérant peut alors faire remise, au nom de la société, d'une portion de la dette, soit en adhérant au concordat, soit en consentant à un contrat d'attermoiement (1). L'interdiction de donner ne fait pas obstacle à ces remises qui ont pour principe, non point une intention généreuse en faveur de celui qui en profite, mais le désir et l'espoir de sauver au moins partie de ce qui est dû à la société (*suprà*, n° 523).

1359. Le gérant qui agit dans la mesure de ses pouvoirs et sous la raison sociale oblige, par cela même et par cela seul, tous les membres de la société collective dans leurs personnes et sur tous leurs biens, ainsi que nous allons l'expliquer dans la section suivante. Ses agissements n'ont nullement besoin, pour cela, ni d'être soutenus par un pouvoir spécial, ni d'être confirmés après coup par une ratification (2). La qualité seule de gérant suffit à tout, et c'est encore en cela que les pouvoirs du gérant d'une société de commerce en nom collectif ont plus d'étendue ou de puissance que ceux de l'administrateur d'une société civile (C. civ., art. 1862 : *suprà*, n°s 653 et suiv.). Mais il convient de dire que s'il en est ainsi, c'est seulement quand l'acte du gérant est fait dans la mesure de son droit d'administration. C'est pourquoi nous hésiterions à nous associer à la doctrine d'un arrêt de la Cour de cassation, que nous avons eu l'occasion de citer ailleurs (3). Il résulte de cet arrêt que le gérant peut, sur la notification de l'acquéreur d'un immeuble grevé d'hypothèque au profit de la société, requérir, sans un pouvoir exprès des associés, la mise de l'immeuble aux enchères en portant une surenchère du dixième. « Attendu, dit la Cour, qu'il est de principe certain, en matière commerciale, que la signature sociale oblige tous les associés; que, par conséquent, celui d'entre eux qui a le droit de l'apposer n'est tenu ni de se munir ni de justifier de la procuration de ses associés dans les actes qu'il fait pour la société, lorsque l'existence de cette société est notoire pour les tiers qui auraient intérêt à attaquer les actes souscrits de la signature sociale. » (4) Sans doute, *au point de vue de la forme,* il n'y a rien à dire contre ce motif; il répond au vœu de l'art. 2185 du Code civil, dans la disposition du paragraphe 4, d'après lequel la réquisition doit être signée par le créancier ou par son fondé de procuration expresse : quand une telle réquisition est revêtue de la sigature par celui à qui la société, créancière inscrite, en a donné l'usage, il est vrai de dire qu'elle est signée par la créancière elle-même, et, par conséquent, que ce n'est pas le cas d'exiger en outre la procuration expresse dont parle l'art. 2185. Mais reste toujours la question *du fond,* et cette question est celle de savoir si le gérant trouve, dans ses fonctions, le pouvoir d'apposer cette signature

---

(1) Voy. MM. Pardessus (n° 1014), Malepeyre et Jourdain (p. 53), Molinier (n° 307), Foureix (n° 50).

(2) Voy. Req., 8 août 1870 (Dall., 71, 1, 330).

(3) Voy. notre *Traité-Commentaire des Priviléges et Hypothèques* (t. II, n° 1353, à la note).

(4) Req., 29 janv. 1839 (S.-V., 39, 1, 90; Dall., 39, 1, 147; *J. Pal.*, 1839, t. I, p. 98).

sociale à un acte de cette nature. Et, sur ce point, il s'en faut que le motif précité de l'arrêt donne satisfaction. Le gérant, s'il a mandat de poursuivre les débiteurs, ce qui sans contredit est pur acte d'administration, ne peut pas se présenter comme ayant, par voie de conséquence, droit de faire une acquisition d'immeuble, ce qui est acte de disposition. Or, la surenchère équivaut à un achat d'immeuble; elle contient cet achat éventuellement, puisqu'elle oblige le créancier requérant à rester adjudicataire si son enchère n'est pas couverte. L'acte est donc trop grave en lui-même, il a trop d'importance, pour que le gérant soit laissé libre de l'accomplir. En conséquence, nous estimons qu'il aurait besoin ici d'un pouvoir spécial émanant de la société tout entière, à laquelle seule il appartiendrait de dire, dans le cas supposé, s'il y a lieu d'user de la faculté donnée par l'art. 2185 du Code civil à tout créancier inscrit de répondre aux notifications par une réquisition de surenchère.

1360. Au contraire, le gérant d'une société commerciale en nom collectif, à la différence du gérant dans les sociétés civiles (*suprà*, n° 528), n'aurait pas besoin de ce pouvoir spécial pour transiger et compromettre, au moins sur les intérêts relatifs au commerce de la société. C'est l'opinion des auteurs, qui, en général, reconnaissent au gérant, comme comprise dans ses pouvoirs d'administration, la faculté de terminer les contestations sociales soit par la voie de la transaction, soit par celle de l'arbitrage (1). Certes, nous ne dirons pas, avec quelques-uns, pour justifier cette solution, « que le gérant n'est pas un simple mandataire; qu'il est le représentant légal de la société qu'il administre comme copropriétaire, ses intérêts étant essentiellement liés à ceux de ses associés; et qu'il dispose en maître, sous sa garantie personnelle, de tous les objets qui en dépendent. » (2) Car ce serait effacer la distinction fondamentale entre les actes de gestion et les actes de disposition; ce serait laisser au gérant la liberté de consentir toutes les aliénations, même les aliénations d'immeubles. Mais ce qui est déterminant, ce qui doit rendre les transactions et les compromis faits avec le gérant seul obligatoires pour la société, c'est l'autorité de l'usage. La raison de décider, en effet, et il n'en faut chercher aucune autre, c'est que l'usage commercial, fondé sur les besoins du négoce et la rapidité nécessaire à l'expédition des affaires, a, dès longtemps, consacré le pouvoir, pour le gérant, de transiger sur les intérêts relatifs au commerce de la société, ou de s'en rapporter, sur les contestations dans lesquelles ces intérêts sont engagés, à la décision d'arbitres, et de les choisir. Or, en matière commerciale, les usages sont une loi, quand la loi positive du commerce n'a pas de disposition contraire (*suprà*, n°s 804 et 805).

V. — 1361. Quoique limités aux actes d'administration, les pouvoirs

---

(1) Voy. MM. Pardessus (n° 1014), Molinier (n°s 306 et 308), Foureix (n° 50), Alauzet (n° 198), Bédarride (n°s 202 et suiv.), Rivière (p. 65 et 66), J. Pâris (n° 733). — Voy. cependant M. Bécane (*Quest. sur les soc.*, p. 12).

(2) Voy. MM. Malepeyre et Jourdain (p. 55 et 56).

du gérant restent encore fort étendus, le gérant pouvant, à raison de la nature de la société et de son objet même, faire bien des actes qui habituellement ne sont pas permis à un mandataire même général. Ce peut être un avantage pour la société, car le gérant sera d'autant plus en position de réaliser des bénéfices qu'il aura plus d'action et plus de liberté. Mais ce peut être aussi un danger : entre les mains d'un gérant infidèle ou seulement inhabile, des pouvoirs exercés librement et dans la mesure que le but des associés pourrait comporter seraient une cause de perte et peut-être de ruine pour la société. Aussi n'est-il pas rare de voir dans le pacte social des clauses restrictives des pouvoirs que le gérant puiserait dans sa qualité d'administrateur s'ils n'étaient pas limités. Ainsi, on stipule que tels ou tels actes ne pourront pas être faits par un seul gérant s'il y en a plusieurs, ou même qu'ils ne pourront être accomplis, soit qu'il y ait plusieurs gérants, soit qu'il y en ait un seul, qu'avec l'assentiment des associés; on convient que les billets de commerce, les lettres de change, tous actes qui engagent plus particulièrement la responsabilité des associés, devront être revêtus de la signature de ceux-ci, ou de certains d'entre eux, et non pas seulement de la signature sociale, etc., etc. Ces clauses restrictives, et toutes autres du même genre, sont parfaitement licites, et rien assurément, en droit, ne s'oppose à ce qu'elles soient convenues entre les associés.

1362. Toutefois, ce n'est pas assez que la convention soit arrêtée entre les parties. Il faut de plus, pour que les tiers aient à en tenir compte, qu'elle ait été rendue publique par son insertion dans l'extrait dont la publication est exigée (l. 24 juill. 1867, art. 55 et suiv.). Il s'agit, en effet, de clauses dérogatoires au droit commun, par cela même qu'elles restreignent dans les mains du gérant ou de l'administrateur les pouvoirs qu'il tiendrait de sa qualité même. Il faut donc que les tiers aient pu les connaître pour qu'elles leur soient opposables; il faut, en d'autres termes, qu'elles aient été publiées. Ainsi a décidé la Cour de cassation dans une espèce où, contrairement à la clause formelle qui *interdisait tout engagement et toute signature,* les gérants avaient néanmoins souscrit des billets. « Attendu, a dit la Cour, que l'obligation qu'avait contractée N... de ne souscrire aucun engagement... ne constituait qu'une obligation personnelle de sa part; mais que le défaut de publicité de l'acte qui renfermait cette convention exorbitante du droit commun la rendait sans application contre des tiers, lesquels, ayant contracté dans l'ignorance d'une telle convention, étaient réputés avoir agi de bonne foi... » (1)

1363. Et ceci nous conduit à une question controversée entre les auteurs : la clause qui prescrirait au gérant de ne pas souscrire d'engagements et, par conséquent, de faire au comptant toutes les opérations commerciales, est elle licite et obligatoire tellement que, même revêtues de la signature sociale, les dettes que le gérant aurait contractées ne pèseraient pas sur la société? Sur ce point, M. Bravard se prononce

(1) Req., 24 juin 1829 (*J. Pal.*, à sa date; S.-V., 30, 1, 345; Dall., 29, 1, 281).

pour la négative sans aucune distinction. Il tient que la clause serait comme non avenue à l'égard des tiers si elle n'avait pas été insérée dans l'extrait publié, ce qui, nous venons de le voir, ne saurait être contesté, ni même mis en question. Mais l'auteur ajoute que la clause, lors même qu'elle aurait été insérée dans l'extrait, n'en serait pas moins nulle, comme contraire à l'essence de la société en nom collectif. « Si les associés, dit-il, ne veulent pas que leur responsabilité personnelle soit engagée, qu'ils mettent leurs capitaux dans une société de choses; mais s'ils sont entrés dans une société de personnes, ils ne peuvent pas en retrancher un de ses attributs essentiels. Or, le caractère propre de cette société, c'est de spéculer sur le crédit des associés bien plus que sur les capitaux qu'ils ont apportés... Les associés ne peuvent substituer aux clauses que la loi indique des clauses différentes ou contraires; ils sont tenus de se conformer à ses prescriptions, qui sont de rigueur et d'ordre public. » (1)

Si ces principes sont exacts, l'application en est assurément contestable. Certes, dans une société en nom collectif, les associés ne pourraient pas convenir d'une manière absolue et comme conséquence de ce que toutes les affaires devront être traitées au comptant, que les engagements contractés ne seraient pas obligatoires et que les dettes ne pèseraient pas sur la société Une telle convention, même publiée, serait évidemment non opposable aux tiers. Bien plus, elle serait non avenue et nulle, car il ne saurait dépendre des associés de se dépouiller de la faculté de s'obliger qui appartient à toute personne capable, et de se constituer ainsi à l'état d'incapacité légale par l'effet de leur seule volonté. Cela ne vaudrait pas plus, a-t-on dit justement, que la déclaration d'une personne qui, à l'avance, protesterait de nullité contre tous les engagements qu'elle pourrait prendre ultérieurement (2). Mais est-ce de cela qu'il s'agit ici? En aucune manière. La clause en question n'implique nullement l'idée que les dettes résultant d'opérations faites collectivement par les associés n'obligeront pas la société. Tout au contraire: en imposant au gérant l'obligation de ne traiter qu'au comptant, elle revient à dire que, sans vouloir se soustraire à l'exécution des engagements faits à crédit, la société entend du moins n'en être tenue qu'autant qu'ils auront été conclus avec tous les associés, par conséquent avec ceux qui n'administrent pas comme avec ceux qui administrent. Or, ce n'est pas là supprimer la responsabilité personnelle des associés, qui est, en effet, le caractère distinctif des sociétés collectives; c'est la réglementer. La convention, en elle-même, est donc parfaite-

(1) M. Bravard (édit. Demangeat, *Soc.*, p. 57). Voy. aussi M. Alauzet (n° 294, *in fine*). *Comp.* Paris, 12 août 1848 (S.-V., 48, 2, 608), arrêt qui, sans statuer directement sur la question, décide qu'un prodigue peut, avec l'assentiment de son conseil judiciaire, contracter une société en nom collectif, et que, quelles que soient les exceptions pouvant résulter à son profit *des stipulations restrictives* du pacte social, il n'en doit pas moins être déclaré en faillite dès que la société cesse ses payements. Du reste, l'arrêt a été cassé par celui du 3 décembre 1850, cité au titre précédent (*suprà*, n° 824).

(2) MM. Malepeyre et Jourdain (p. 59).

ment licite; et si, faute d'avoir été publiée, elle n'est pas opposable aux tiers, suivant la très-juste décision de l'arrêt cité au numéro précédent, elle peut leur être utilement opposée lorsque, au contraire, elle a été rendue publique en la forme et dans les conditions déterminées par la loi. Régulièrement avertis de l'existence de la convention, les tiers ne doivent pas se dispenser d'en tenir compte. Ils savent ou ils peuvent savoir que, même revêtu de la signature sociale, un engagement souscrit par le gérant seul ne lierait pas la société. Ils doivent donc, s'ils veulent avoir la société pour obligée, faire appel à tous les associés, qui, par un retour sur les conventions restrictives du pacte social, pourront accéder à l'engagement et le mettre à leur charge. Dès lors, ils n'auraient pas à se plaindre si, faute d'avoir demandé et obtenu ce concours, ils perdaient la garantie de la société et avaient pour seul obligé l'associé-gérant avec lequel ils auraient traité.

1364. La Cour de cassation s'est, au surplus, prononcée récemment en ce sens dans les termes les plus explicites. L'acte de société, dans l'espèce, en donnant la gérance à deux associés en nom collectif, restreignait leurs pouvoirs par une interdiction formelle « de créer des billets et de faire aucun traité pouvant engager la société, même avec le concours et la signature des deux associés en nom collectif, sous peine de nullité pour les tiers. » La clause insérée dans le pacte social avait été publiée. L'un des gérants, n'en tenant aucun compte, avait accepté, sous la signature de la raison sociale, des traites tirées sur la maison de commerce au profit de donneurs de valeurs. Et les tiers porteurs ayant assigné la société ou l'autre gérant en payement, il était intervenu des jugements de condamnation que la Cour de Paris avait confirmés par ces motifs de droit, « que la solidarité qui ressort de l'art. 22 entre les associés en nom collectif pour tous les engagements de la société revêtus de la signature sociale est d'ordre public; que si les associés cherchent à restreindre cette solidarité, leurs conventions à cet égard n'intéressent qu'eux seuls et ne peuvent porter atteinte aux droits des tiers expressément réservés par cet article; que la publicité donnée auxdites conventions est sans effet vis-à-vis des tiers et qu'elle ne saurait réagir contre ce qui est de l'essence du contrat de société en matière de commerce, dans les formes prévues par ledit art. 22. » Mais ces motifs, exacts en eux-mêmes (*infrà*, nos 1378 et suiv.), passaient à côté de la question du procès. La prétention de la société ou du gérant assigné en payement était, non pas que la clause du pacte social avait supprimé toute solidarité entre les associés, mais uniquement qu'elle avait restreint les pouvoirs de la gérance en lui enlevant la faculté d'engager la société par les actes dont l'exécution était poursuivie contre elle. La question n'était donc pas de savoir si une obligation régulièrement contractée au nom d'une société collective lie les associés solidairement alors même que, par une clause particulière du pacte social, il aurait été stipulé que les obligations sociales ne seraient pas solidaires. Elle était de savoir si l'engagement à raison duquel elle était poursuivie pouvait être considéré comme constituant *une dette sociale,* alors qu'il

avait été contracté, non-seulement en dehors des pouvoirs conférés au gérant qui l'avait revêtu de la signature sociale, mais encore en violation des défenses expresses du pacte social. Or, sur ce point au moins, il est incontestable que les statuts sociaux, qui forment la loi des associés entre eux, deviennent la loi à l'égard des tiers et leur sont opposables dès qu'ils ont été légalement publiés. Ainsi a jugé la Cour de cassation en annulant l'arrêt rendu, dans l'espèce, par la Cour de Paris (1).

VI. — 1365. Néanmoins, il faut le dire, l'emploi de la raison sociale est, en général, le signe qui révèle le caractère social de l'opération et permet, presque toujours, de reconnaître si les actes émanant d'un associé sont relatifs à la société ou pour le compte particulier de cet associé. Le gérant seul a l'emploi de la raison sociale; seul il peut user du nom de la société, de ce nom qui, apposé comme signature par un représentant légal, lie la société comme si elle avait agi et traité elle-même. Tout autre associé que le gérant ou l'administrateur pourrait bien, en contractant un engagement, s'obliger lui-même, mais il n'obligerait pas la société (2). Le rôle des associés non administrateurs se borne, dans les sociétés collectives, à surveiller l'administration, à prendre part aux délibérations sociales. Par là ils sont conduits à apprécier et, en quelque sorte, à discuter la cause ou l'utilité des engagements contractés, et leur propre intérêt les invite à y apporter tous leurs soins. Mais ils ne sauraient, allant au delà, agir et contracter pour la société; c'est un pouvoir qu'ils ont abdiqué en faveur des administrateurs qui la représentent et auxquels ils ont abandonné l'usage ou l'emploi du nom qui la personnifie. C'est pourquoi on regarde souvent comme synonyme de dire que tel associé est investi de l'administration, ou bien qu'il a la signature ou l'emploi de la raison sociale (3).

1366. En outre, comme elle a un nom qui la personnifie, la société collective a aussi presque toujours, en sa qualité de personne juridique distincte de la personne de ses membres, un domicile, qui est un autre signe matériel de sa personnification. Ce domicile, pour la société, personne civile, comme pour tout Français, suivant l'expression de l'art. 102 du Code civil, est au lieu où elle a son principal établissement, c'est-à-dire au siége même de ses affaires. De là des conséquences importantes en ce qui concerne les contestations judiciaires dans lesquelles la société en nom collectif peut se trouver engagée.

1367. Dans les sociétés civiles, c'est le gérant ou l'administrateur qui paraît en justice, soit en demandant, soit en défendant. Mais, comme nous l'avons expliqué (*suprà*, nos 532 et suiv.), il ne suffit pas, si le gérant est demandeur, que l'assignation soit donnée en son nom seul, et, s'il est défendeur, qu'il soit seul assigné; il faut, dans le premier cas, que les nom, qualité, domicile de tous et chacun des associés,

(1) Cass., 22 déc. 1874 (S.-V., 75, 1, 104; *J. Pal.*, 1875, p. 253; Dall., 75, 1, 255).
(2) *Comp.* Orléans, 16 juin 1869 (Dall., 69, 2, 166; *J. Pal.*, 1870, p. 341; S.-V., 70, 2, 72).
(3) Voy. Code de Commerce, art. 22 et 43 (57 de la loi du 24 juill. 1867) combinés.

soient énumérés, et, dans le second, que tous les membres de la société soient individuellement assignés. Il a été décidé, en ce sens, que le jugement obtenu seulement contre le directeur d'une société civile est, à l'égard des associés, *res inter alios acta,* et, en conséquence, que ceux-ci sont fondés à demander la radiation des inscriptions prises contre la société en vertu du jugement (1).

Dans les sociétés commerciales en nom collectif, il en est autrement. C'est encore le gérant qui paraît en justice pour la société ; mais, que la société soit demanderesse ou défenderesse, peu importe, c'est toujours elle et elle seule qui est en cause. La considération de la personne individuelle des membres de la société demeure absolument étrangère. En sorte que, soit qu'il s'agisse d'une assignation à lancer au nom de la société, soit qu'il s'agisse d'une assignation à lancer contre elle, il suffira d'y faire figurer la raison sociale, car c'est là le nom de la personne seule intéressée, et il ne sera nullement nécessaire d'énoncer les nom, prénom, profession, domicile des associés en particulier. Un usage constant et invariable a réglé dans ces termes le mode de procéder.

Notons cependant, sans anticiper sur des détails qui appartiennent à la section suivante, que les actions dirigées contre la société peuvent, au gré du créancier à qui elles appartiennent, réagir contre la personne des associés eux-mêmes. Nous aurons à nous expliquer sur l'ordre, s'il y a un ordre à observer, qu'il convient de suivre dans l'exercice de ce droit contre les divers obligés. Il y a donc à se demander si, à ce point de vue au moins, le créancier, qui veut obtenir un titre exécutoire tout à la fois contre la société et contre chacun des associés, n'agirait pas prudemment en mettant en cause non-seulement la société désignée sous la raison sociale, mais encore tous ceux qui la composent, en les désignant conformément aux prescriptions de l'art. 61 du Code de procédure, tout comme s'il agissait exclusivement contre eux. Mais nous n'insistons pas sur ce point, auquel nous reviendrons bientôt (*infrà,* n° 1407) ; et nous terminerons cette section par quelques observations sur le lieu où l'assignation doit être donnée et sur la compétence.

1368. Pas de difficulté, à cet égard, dans le cas où la société procède comme demanderesse. Elle doit assigner, par exploit à personne ou à domicile (C. proc., art. 68), devant le tribunal indiqué par l'art. 59, suivant les distinctions qui y sont établies. Le doute ou l'hésitation ne peut naître que lorsque la société est appelée en justice comme défenderesse. Cependant, le point est réglé soit par la loi elle-même, soit par les principes généraux.

Ainsi, s'agit-il du lieu de l'assignation, l'art. 69, n° 6, du Code de procédure dispose que les sociétés de commerce, tant qu'elles existent, seront assignées en leur maison sociale, et, s'il n'y en a pas, en la personne ou au domicile de l'un des associés. Donc, si la société a un domicile, c'est-à-dire une maison sociale, un lieu où se trouve le siége de

(1) Nancy, 18 mai 1872 (S.-V., 72, 2, 197; *J. Pal.,* 1872, p. 818).

ses affaires, et ce sera assurément le cas le plus ordinaire, l'assignation devra être laissée à ce domicile. Au contraire, la société n'a-t-elle, par exception, aucun établissement de cette sorte, c'est alors à la personne ou au domicile de l'un des associés que l'assignation devra être donnée. Seulement, il peut arriver que la société ait un ou plusieurs gérants dont les noms soient désignés dans l'extrait publié conformément aux prescriptions de la loi commerciale (l. 24 juill. 1867, art. 55 et suiv.); l'assignation en ce cas pourrait, devrait même, être faite à la personne ou au domicile de ce gérant ou de l'un d'eux, puisque seuls ils ont qualité pour représenter la société en justice et défendre aux demandes formées contre elle (1). Si l'art. 69 du Code de procédure dit qu'en ce cas la société sera assignée en la personne ou au domicile de l'*un des associés*, c'est qu'il suppose, d'ailleurs comme l'art. 22 du Code de commerce, que l'administration n'a pas été déléguée et que tous les associés sont gérants.

1369. S'agit-il de la compétence, elle est déterminée par le lieu où la maison est établie. La maison sociale constitue un vrai domicile; elle est, à ce titre, attributive de compétence, en sorte que tant qu'elle existe, la société doit être assignée devant le tribunal dans le ressort duquel elle est établie (C. proc., art. 59). C'est la juste application de la maxime : *Actor sequitur forum rei*. Toutefois, cette règle n'est pas exclusive de l'application aux sociétés de commerce, comme à tous autres commerçants, du principe spécial de compétence posé dans l'art. 420 du Code de procédure relatif à la procédure devant les tribunaux de commerce. Or, le demandeur, d'après cet article, peut assigner, à son choix, devant le tribunal du domicile du défendeur, devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a éte faite et la marchandise livrée, ou devant celui dans l'arrondissement duquel le payement devait être effectué. La Cour de cassation juge que cette règle spéciale de compétence est applicable même au cas d'exécution d'un mandat, et, en conséquence, que le mandataire d'une société commerciale peut assigner cette société devant le tribunal du lieu de la formation, de l'exécution et du payement du contrat (2).

1370. La règle générale n'en reste pas moins celle de l'art. 59 du Code de procédure, d'après lequel la société doit être assignée devant le juge du lieu où elle est établie. Mais alors se pose la question de savoir quel sera ce juge dans le cas où la société a plusieurs établissements. Toutefois, c'est là, en définitive, une question de fait. Il est certain, par exemple, que lorsqu'une société a sa maison principale et des succursales tout à fait secondaires en diverses localités, la maison principale doit être considérée comme attributive de compétence (3).

---

(1) M. Molinier (n° 305). *Junge :* Bastia, 14 déc. 1839 (S.-V., 40, 2, 454; Dall., 40, 2, 66).

(2) Notamment, req., 7 mars 1860 et 3 janv. 1870 (S.-V., 60, 1, 807; 72, 1, 328; *J. Pal.*, 1861, p. 401; 1872, p. 858; Dall., 72, 1, 252). Voy. cependant, req., 18 févr. 1862 (*J. Pal.*, 1862, p. 719; S.-V., 62, 1, 427).

(3) Cass., 5 avr. 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 168; S.-V., 59, 1, 673); Req., 3 janv. 1870 (Dall., 72, 1, 251; S.-V., 73, 1, 60; *J. Pal.*, 1873, p. 132).

Mais il est certain aussi que si les succursales constituent de véritables centres d'opération, la société peut être valablement assignée devant le tribunal de la localité où se trouve la succursale dans laquelle aurait été conclue l'affaire litigieuse, celle où se seraient passés les faits donnant lieu au procès (1).

Bien entendu, nous supposons la société debout et fonctionnant. C'est, d'ailleurs, la supposition des art. 59 et 69 du Code de procédure, qui parlent des sociétés *tant qu'elles existent*. S'il s'agissait d'une société dissoute, et specialement d'une société tombée en faillite, le seul tribunal compétent pour connaître des opérations serait, par une conséquence directe de la règle posée dans l'art. 438 du Code de commerce, le tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouverait le siége principal de la société collective, alors même qu'il existerait des succursales dans d'autres localités (2).

SECTION III

EFFETS OU CONSÉQUENCES DU CONTRAT ET DES ENGAGEMENTS SOCIAUX.

SOMMAIRE.

I. 1371. Transition et division.

II. 1372. Tout engagement social donne au créancier le droit de poursuivre la société et de se faire payer sur l'actif à l'exclusion des créanciers personnels des associés. — 1373. En outre, le créancier a aussi les associés pour obligés; — 1374. Et, par dérogation au droit commun, la dette de ceux-ci est solidaire et non divisible. — 1375. La solidarité atteint tous les associés indiqués dans l'acte de société, et non pas seulement ceux dont le nom figure dans la raison sociale. — 1376. Elle a lieu quand même il n'y aurait pas d'acte de société. — 1377. Principe et origine de la solidarité.

III. 1378. La solidarité des associés est de l'essence de la société én nom collectif. — 1379. Il en résulte que, même dans le silence de l'acte social, les associés sont solidaires entre eux. — 1380. Et que toute stipulation contraire du pacte social serait nulle et non opposable aux tiers, quand même elle aurait été publiée. — 1381. Toutefois, les tiers peuvent renoncer au bénéfice de la solidarité dans les traités particuliers qu'ils feraient avec la société. — 1382. La renonciation pourrait même être tacite.

IV. 1383. Application des principes de la solidarité. Les associés sont solidaires pour tous les engagements de la société, quel qu'en soit l'objet. — 1384. Conditions auxquelles une obligation peut être considérée comme constituant un engagement de la société.

V. 1385. 1° Il faut d'abord que l'engagement soit contracté par une personne ayant pouvoir d'obliger les associés. Mais, en principe, chacun des associés est présumé, vis-à-vis des tiers, avoir pouvoir et qualité pour traiter au nom de la société. — 1386. Restrictions : ce pouvoir est tempéré par le droit de *veto* consacré par l'art. 1859 du Code civil, lequel est applicable aux sociétés collectives. — 1387. En outre, il n'est présumé qu'en ce qui concerne les actes d'administration; il ne s'étend pas aux actes de disposition. — 1388. Enfin, la présomption cède et s'efface lorsque la convention a institué des gérants auxquels l'administration et la signature sociale sont confiées. En ce cas, l'obligation signée d'un autre que le gérant ne constitue pas un engagement social. — 1389. Mais la présomption subsiste si la convention qui désigne la gérance n'a pas été rendue publique. — 1390. A moins que le tiers qui a traité avec un associé non gérant eût une connaissance personnelle de la délégation des pouvoirs, sauf, en ce cas, l'obligation pour la société de prouver cette

---

(1) Notamment, Colmar, 7 août et 29 nov. 1860 (*J. Pal.*, 1861, p. 541); Rej. 16 janv. 1861 (Dall., 61, 1, 126; S.-V., 61, 1, 451); Req., 15 déc. 1869 (Dall., 71, 1, 4).

(2) Req., 26 déc. 1871 (Dall., 72, 1, 200). Voy. aussi, Req., 11 déc. 1871 (Dall., 71, 1, 300). — *Comp.* Req., 21 janv. 1873 (*J. Pal.*, 1873, p. 378; S.-V., 73, 1, 160).

connaissance. — 1391. *Quid* dans le cas où la clause de délégation ayant été régulièrement publiée, les associés y ont renoncé, en fait, en exécutant les engagements souscrits par un associé non gérant? — 1392. Du cas où les gérants sont nommés par acte postérieur au contrat de société.

VI. 1393. 2° Il faut, en outre, que l'engagement soit pris au nom de la société. Dans ce cas, il oblige tous les associés, quand même il n'aurait pas tourné au profit de la société; et, au contraire, s'il a été contracté au nom personnel d'un associés, le tiers n'a d'action que contre cet associé, l'engagement eût-il profité à la société. — 1394. Mais il faut supposer que l'engagement vient d'un associé autorisé à signer pour la société. *Quid* s'il est contracté par un associé sans pouvoir ni qualité à cet effet? — 1395. C'est par l'emploi de la raison sociale qu'en général l'accomplissement de cette seconde condition est constaté. — 1396. Cependant, le fait qu'un contrat est signé de la raison sociale ou du nom personnel d'un associé produit une présomption simple, non une présomption *juris et de jure*. — 1397. Ainsi, d'une part, la raison sociale ne rattache pas l'acte à la société quand, par son objet même, l'acte apparaît comme ne concernant pas la société. — 1398. *Quid* si l'engagement a pour cause le payement de dettes personnelles au gérant qui a signé sous la raison sociale? L'engagement est social en ce cas. — 1399. A moins que le créancier envers lequel il est pris ait agi de mauvaise foi. — 1400. D'une autre part, le gérant qui signe en son nom personnel sans indication de la raison sociale oblige néanmoins tous les associés solidairement, s'il résulte de la teneur de l'acte qu'il est contracté pour le compte de la société. — 1401. Ou, encore, si cela résulte des circonstances extrinsèques à l'acte; par exemple de l'objet même de la convention. — 1402. A plus forte raison, l'omission de la raison sociale est-elle suppléée par le concours et la signature des associés à l'acte.

VII. 1403. La société étant principalement obligée par les engagements sociaux, la qualité des associés obligés solidairement n'est pas précisément celle de simples codébiteurs; elle tient plutot du cautionnement. — 1404. Cependant, les associés n'ont pas tous les avantages accordés aux cautions en matière civile. — 1405. Ainsi, ils n'ont pas le bénéfice de division. — 1406. Ni le bénéfice de discussion : controverse. Seulement les créanciers sociaux ne peuvent s'adresser aux associés qu'après avoir obtenu jugement de condamnation contre la société. — 1407. Le jugement rendu contre la société a l'autorité de la chose jugée contre les associés, et peut être exécuté contre eux sans qu'il soit besoin d'aucune autre condamnation. — 1408. Recours de l'associé qui, sur la poursuite d'un créancier, a éteint la dette commune. — 1409. Suite. — 1410. La solidarité est attachée à la qualité d'associé : conséquence.

VIII. 1411. Rapports des associés entre eux et de la société avec ses débiteurs. — 1412. La solidarité passive n'existe pas dans les rapports des associés entre eux. — 1413. A moins qu'il s'agisse de contrats faits, au cours des opérations sociales, entre la société et l'un des associés agissant *nomine proprio*. — 1414. La société ou les associés ont la solidarité active à raison des obligations envers ceux des débiteurs sociaux. — 1415. Suite : conséquences.

I. — 1371. L'effet et les conséquences des engagements contractés pour le compte de la société sont déterminés par l'art. 22 du Code de commerce, aux termes duquel « les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale. » Ainsi, la loi suppose un engagement de la société, et elle dit comment et dans quels termes la société et les associés sont tenus d'un tel engagement. En outre, elle montre, sinon d'une manière aussi nette, au moins par des indications non équivoques, quand et à quelles conditions un engagement pris envers des tiers peut être considéré comme constituant un engagement de la société. Ce sont les deux points sur lesquels nous aurons à nous expliquer; et bien que, logiquement, le second se présente à la pensée avant l'autre,

nous le laisserons cependant au dernier rang, pour ne pas nous écarter de l'ordre suivi dans l'article précité.

II. — 1372. Donc, nous nous supposons d'abord en présence d'un engagement de la société. Le tiers envers lequel l'engagement est contracté a naturellement pour premier obligé l'être moral, c'est-à-dire la société elle-même. Par conséquent, il a le droit, comme il l'aurait vis-à-vis de tout autre débiteur, d'appeler la société en justice (devant le tribunal de commerce, puisqu'il s'agit d'une société commerciale), pour la faire condamner au payement de ce qui lui serait dû. Il peut même, si la société est en état de cessation de payements, provoquer sa mise en faillite, à l'effet d'être payé sur l'actif social. Cependant, comme dans ce désastre de la faillite tous les créanciers du failli ont un droit égal à l'actif, sauf ceux en faveur desquels existerait une cause légitime de préférence (nantissement, hypothèque, privilége, etc.), l'initiative des poursuites prise par l'un d'eux ne ferait pas qu'il dût être préféré aux autres; il viendrait seulement en concours avec eux. Mais au moins viendraient-ils tous sur l'actif à l'exclusion des créanciers personnels de chaque associé. La société étant, en effet, directement obligée, la masse de ses biens est avant tout le gage particulier de ses créanciers. Il en est ainsi, nous l'avons dit, même dans les sociétés civiles, bien que, selon nous, ces sociétés ne comportent pas la fiction de l'être moral (*suprà*, n° 666). A plus forte raison cela doit-il être dans les sociétés commerciales, où la personnalité juridique est la fiction même du contrat (*suprà*, n° 125). Le patrimoine social y est avant tout le gage des créanciers envers lesquels la société est engagée; les créanciers personnels ne viennent qu'après, en tant que les créanciers sociaux étant désintéressés, l'actif social ne serait pas complétement absorbé.

1373. Outre l'être moral, le tiers, créancier de la société, a aussi pour obligés tous les associés et chacun d'eux. C'est précisément ce qu'exprime l'art. 22 du Code de commerce. Il pourrait donc agir contre chacun des membres de la société, et assigner en payement celui qu'il lui conviendrait de choisir. Le traité obligatoire pour la société réfléchit, en effet, contre ses divers membres. Il réfléchit même à tel point que, suivant de très-graves autorités, la mise en faillite d'une société en nom collectif entraînerait nécessairement, et *ipso facto*, la faillite personnelle des associés (1). A la vérité, l'induction est repoussée par d'autres autorités également imposantes (2). Quoi qu'il en soit, et sans insister sur ce point qui se rattache plus particulièrement à la matière de la faillite, constatons l'existence de l'obligation des associés concur-

---

(1) Douai, 9 févr. 1825, 15 mai et 7 juin 1859; Limoges, 26 nov. 1859 (S.-V., 26, 2, 134; 60, 2, 84; Dall., 25, 2, 195; 60, 2, 39; *J. Pal.*, 1861, p. 54). Voy. aussi MM. Renouard (*Faill.*, t. II, p. 137), Esnault (*eod.*, t. II, n° 485), Bédarride (*eod.*, t. I, n° 194), Alauzet (t. IV, n° 1655).

(2) Paris, 26 mars 1840; Orléans, 27 nov. 1850 (S.-V., 40, 2, 247; 51, 2, 33). *Junge* : MM. Pardessus (n° 976), Troplong (*Soc.*, n° 75).

remment avec celle de la société, ce qui résulte de ces premiers mots de l'art. 22 : « Les associés en nom collectif... *sont solidaires pour tous les engagements de la société*. »

1374. Les associés, obligés avec la société, sont solidaires. C'est en cela que leur obligation diffère de celle des associés dans les sociétés civiles. La solidarité des associés, dans ces dernières sociétés, pourrait bien être convenue (*suprà*, nos 653 et suiv.); mais elle n'existe pas de plein droit. Elle n'est pas présumée; elle n'a lieu que dans les termes du droit commun, c'est-à-dire à la condition d'être stipulée, à moins qu'elle résulte nécessairement du caractère ou de la nature de la convention. Sauf cette réserve, la dette sociale, si elle oblige les associés, n'oblige du moins chacun d'eux que dans la mesure de sa part : en principe, la dette est divisible et non solidaire. C'est l'inverse dans les sociétés en nom collectif : la solidarité des associés y est la règle. De tout engagement social résulte, pour chacun des membres de la société, une obligation à la fois personnelle et solidaire : *personnelle*, en ce que tout associé est tenu sur ses biens, même sur ceux qu'il se serait réservé propres; *solidaire*, en ce que le créancier est en droit de s'adresser à un seul pour le tout, sans que, de son côté, celui contre lequel l'action est dirigée puisse demander la division de la dette entre tous les coassociés (*infrà*, n° 1405). Ainsi, ce qui est l'exception, à cet égard, dans les sociétés civiles, se trouve érigé en règle dans les sociétés en nom collectif : sans stipulation aucune, et même nonobstant toute stipulation contraire (*infrà*, nos 1379 et suiv.), les associés sont tous solidaires pour les engagements de la société par cela même et par cela seul qu'ils sont membres de la société.

1375. Tous les associés, disons-nous. Et c'est, en effet, pour les soumettre tous sans exception à cette loi de la solidarité que l'art. 22 y assujettit « les associés en nom collectif *indiqués dans l'acte de société*. » Sans cela, peut-être aurait-on conçu la pensée de dire que ceux-là seuls peuvent être déclarés solidaires qui ont la gérance de la société ou dont le nom figure *dans la raison sociale*. Mais le texte de la loi est par lui-même exclusif de cette restriction. Il est écrit dans la pensée que les prescriptions relatives à la constitution de la société ont été obéies, et qu'ainsi la société a été constatée, conformément à l'art. 39 du Code de commerce, par un acte écrit dans lequel ont été nécessairement indiqués tous les membres de la société. En sorte qu'en se référant à cet acte, l'art. 22 étend par là même et forcément, à tous les associés, la condition ou la mesure de la solidarité qu'il édicte.

1376. Mais, d'un autre côté, de ce que le législateur s'est placé dans l'hypothèse d'une société régulièrement constituée, il ne faudrait pas conclure que la solidarité n'aurait pas lieu s'il n'y avait pas d'acte écrit, par conséquent pas d'*associés indiqués*. La loi a pu, elle a dû même, ne pas prévoir que ses prescriptions ne seraient pas observées. Et de ce qu'elle ne l'a pas prévu, il ne s'ensuit pas assurément que la condition des associés en doive être meilleure. Évidemment, les associés ne sauraient être admis à se prévaloir de leur propre faute; et il ne se

peut pas que, mieux traités que ceux qui, en se constituant, ont respecté la loi, ils soient tenus d'une responsabilité moindre pour l'avoir méconnue. D'ailleurs, les irrégularités dans le fait de la constitution ou de la publication de la société ne sont pas opposables aux tiers, à l'intérêt desquels, en définitive, la solidarité a pour but de pourvoir. Donc, si la société a en fait une existence certaine, les tiers auront, contre tous ceux qui seront reconnus en faire partie et contre chacun d'eux, l'action solidaire tout comme si elle avait été régulièrement constituée et publiée (1).

1377. Maintenant, cette solidarité, qui est la condition même de la société collective, en faut-il chercher le principe et l'origine dans le droit romain? Est-elle un dérivé de la règle d'après laquelle la solidarité avait lieu non-seulement dans les sociétés de banquiers et argentiers, mais encore dans toutes les sociétés de commerce, selon les uns, et, selon d'autres, uniquement dans les sociétés de négoce représentées par un instituteur? La question a donné lieu à de savantes discussions (2) dans lesquelles nous croyons pouvoir nous dispenser de prendre parti. La règle de la solidarité a, selon nous, sa raison d'être et sa meilleure explication dans les nécessités du commerce où elle a été introduite par les coutumes, c'est-à-dire par la force de l'usage. *Hoc procedit potius à consuetudine mercatorià quam de jure... Et hujusmodi consuetudo tanquam notoria non debet probari* (3). C'est l'observation de Straccha; elle est d'une justesse parfaite. La solidarité entre les associés, telle qu'elle a été constatée par notre loi moderne, après l'ordonnance de 1673 (tit. IV, art. 7), est l'œuvre du temps, de la coutume commerciale; elle n'est pas l'œuvre du droit, car précisément elle modifie le droit et y déroge. Mais les nécessités du commerce et les besoins du crédit ont conduit finalement à cette dérogation qui, en définitive, profite à tous, aux créanciers de la société et à la société elle-même : aux créanciers, à qui elle épargne le recours qu'ils pourraient avoir à exercer s'ils n'avaient pas devant eux des associés tenus chacun pour le tout et responsables les uns des autres; à la société, qui trouve dans le crédit même que la solidarité lui procure le moyen le plus facile et le plus sûr d'agir et de donner à l'œuvre sociale le plus large développement. — Tel est le principe en lui-même; il faut voir maintenant et préciser la place qu'il tient dans le contrat.

III. — 1378. La solidarité entre les membres d'une société en nom collectif accompagne et garantit toutes les obligations sociales; elle en est l'accessoire indispensable et la garantie nécessaire. C'est là, nous l'avons dit, le signe éminemment distinctif de la société collective. On ne conçoit plus une association de cette espèce, telle qu'elle a été constituée par les usages et définie par la loi, sans cette condition étroite

---

(1) MM. Molinier (n° 353), Foureix (n° 64), Bravard (*Soc.*, p. 68), Alauzet (t. I, n° 286).

(2) Voy. MM. Troplong (n°s 822 et suiv., 849 et suiv.), Fremery (*Et. de dr. comm.*, ch. III, p. 21), Delamarre et le Poitvin (*Dr. comm.*, t. III, n° 39).

(3) Straccha (*Rot. de Gênes*, dec. 46, p. 155).

et rigoureuse de la solidarité attachée à tout engagement qui peut être considéré comme émané d'elle. Dès que plusieurs personnes se réunissent pour faire le commerce, sans prendre la forme de la commandite ou de l'anonymat, leur société, nécessairement commerciale par son objet, est en nom collectif (1). Par ce fait même et par cela seul, les associés sont solidaires pour tous les engagements sociaux. Chacun d'eux est tenu de ces engagements, non en vertu d'une convention tacite, mais par la force même de la loi ; il en est tenu solidairement, non parce qu'il l'a voulu ou est présumé le vouloir, mais parce que telle est la volonté de la loi qui l'exige impérieusement.

1379. Cela revient à dire que la solidarité des associés est de l'essence de la société en nom collectif. C'est ainsi, en effet, qu'elle doit être envisagée ; et de là découlent des conséquences notables. Il en résulte tout d'abord que, même dans le silence de l'acte social sur la solidarité, les associés sont solidaires pour tous les engagements de la société. C'est de toute évidence, les conséquences légales d'un contrat n'ayant pas à être relevées et précisées dans l'acte qui constate la convention. La Cour de cassation décide, par extension et toutefois très-justement, que toute condamnation contre une société en nom collectif atteint nécessairement ses divers membres et oblige chacun d'eux pour le tout, encore que la solidarité n'ait pas été prononcée (2). Elle décide encore que les associés pourraient être déclarés solidaires sans que la décision contînt aucun motif spécial sur la solidarité (3). Peut-être pourrait-on objecter, au point de vue de la forme, que l'obligation pour le juge de motiver sa sentence (l. 20 avril 1810, art. 7) n'est ni effacée, ni même affaiblie, par le fait que la loi est explicite, et que si le motif de décider est facile à fournir, ce n'est pas une raison pour que le juge se considère comme dispensé de l'émettre. Néanmoins, quand la solidarité résulte, comme celle des associés en nom collectif, de l'application pure et simple de la loi, il est vrai de dire que le jugement par lequel elle est déclarée trouve son motif, en ce point, dans la loi elle-même.

1380. Du principe que la solidarité est de l'essence de la société en nom collectif, il s'induit aussi qu'elle s'impose tellement et si étroitement aux associés, que ceux-ci ne pourraient pas y déroger et faire retour au droit commun en stipulant, par une clause générale de l'acte de société, que les dettes sociales seraient divisibles et non solidaires. La conséquence est expressément formulée dans le code allemand dont l'art. 112 énonce que toute stipulation contraire au principe de la solidarité des associés reste sans effet légal vis-à-vis des tiers (4). Bien que notre loi commerciale ne dise rien de semblable, tous les auteurs s'accordent à reconnaître qu'une telle clause serait réputée non écrite

(1) Tribunal de Marseille, 17 sept. 1866, sous req., 20 avr. 1868 (*J. Pal.*, 1869, p. 521 ; S.-V., 69, 1, 217).
(2) Rej., 2 août 1843 (*J. Pal.*, à sa date ; Dall., 43, 1, 420).
(3) Req., 28 févr. 1859 (S.-V., 59, 1, 509 ; Dall., 59, 1, 232 ; *J. Pal.*, 1859, p. 225).
(4) Voy. M. Alauzet (t. I, n° 286).

par rapport aux tiers, auxquels, eût-elle reçu toute la publicité légale, elle ne pourrait pas être utilement opposée (1). Et c'est incontestable du moment que la loi fait de la solidarité des associés le caractère propre et la condition essentielle de la société en nom collectif. Il ne saurait, en effet, appartenir aux parties, quand elles se constituent en société, de modifier dans ses conditions essentielles le contrat qu'elles forment et d'en détruire les éléments qui touchent à son essence. D'ailleurs, la solidarité des associés est établie dans un intérêt d'ordre public et comme la garantie même des tiers vis-à-vis des sociétés collectives. Comment donc les tiers pourraient-ils en être privés sans y avoir consenti? Vainement leur opposerait-on que l'acte social a été publié, et qu'avertis de l'existence de la clause dérogatoire, par le fait même de son insertion dans l'extrait rendu public, ils ont dû savoir qu'ils n'avaient pas à compter sur la solidarité des associés. D'abord, les tiers ont pu consulter l'extrait sans y découvrir une clause qu'à raison de la nature même de la société annoncée comme collective, ils n'avaient pas à y chercher. Mais, en outre, eussent-ils connu la clause, ils auraient été fondés à la regarder comme non avenue et radicalement nulle dès l'origine, comme stipulée par les associés sans droit et contre le droit, en ce qu'une garantie établie en vue de pourvoir à leur intérêt n'avait pu être supprimée à leur détriment par la seule volonté de ceux par qui elle était due.

1381. Toutefois, ceci même indique que si la solidarité s'impose aux associés et ne peut pas fléchir par l'effet d'une clause générale et dérogatoire insérée dans l'acte social, ce n'est pas à dire que les associés en devraient rester tenus s'il convenait au tiers d'y renoncer dans le traité particulier qu'il ferait avec eux ou avec la société constituée. Ceci est du domaine de la convention; et, assurément, s'il convenait à un tiers traitant avec la société de faire remise de la solidarité, nul n'y saurait trouver à redire; car chacun est parfaitement libre de se départir des avantages ou des droits établis en sa faveur (2). Il faut entendre en ce sens un arrêt de la Cour de Bordeaux, dans lequel on lit « qu'il est de principe, en matière de société commerciale, que tous les associés sont obligés solidairement pour les engagements contractés dans l'intérêt de la société, *à moins qu'il n'y soit fait exception soit par une convention expresse,* soit par la nature du pacte social, comme dans les sociétés anonymes et dans les sociétés en commandite. » (3) Cela ne signifie pas, comme on a paru le penser en prenant à la lettre la formule trop générale de l'arrêt, que les associés pourraient s'affranchir de la solidarité par une convention du pacte social : l'arrêt, dans son ensemble, est exclusif d'une telle interprétation, car il établit nette-

---

(1) MM. Pardessus (n° 1022), Malepeyre et Jourdain (p. 128), Delangle (n° 228), Bravard (*Man.*, p. 95; *Soc.*, p. 67), Molinier (n° 360), Persil (art. 22, p. 81), Rodière (*Solid.*, n° 252), Alauzet (*loc. cit.*), Bourgeois (p. 216), Massé (*Droit comm.*, 1re édit., t. V, n° 61; 2e édit., t. III, n° 1964), Dalloz (*Rép.*, v° Soc., n° 904). *Junge:* Trib. de la Seine, 3 juin 1840 (Dall., 41, 3, 382); C. de Paris, 7 juin 1840 (*Gaz. trib.* du 10).
(2) MM. Rodière, Massé, Bourgeois, Alauzet (*loc. cit.*).
(3) Bordeaux, 31 août 1831 (S.-V., 32, 2, 19; Dall., 32, 2, 20; *J. Pal.*, à sa date).

ment, au contraire, que la solidarité est un effet nécessaire de la société collective et tout à fait indépendant de la volonté des associés. Cela signifie uniquement qu'il pourrait être dérogé à la règle par une convention spéciale intervenue après coup à cet effet entre un tiers et la société. Or, dans ces termes, l'exception est absolument à l'abri de la critique : elle est le résultat d'un accord particulier et tout accidentel qui ne touche en aucune manière aux conditions constitutives et essentielles de la société.

1382. Nous irions même plus loin que l'arrêt de la Cour de Bordeaux, en ce sens que, selon nous, l'exception à la règle pourrait résulter même d'une renonciation *tacite* de la part du créancier de la société. Nous tenons, en effet, que si, après avoir traité avec la société, un tiers procède de telle façon que ses agissements mêmes impliquent l'idée qu'il prend les associés pour des débiteurs purement personnels, on pourra induire de là, en ce qui concerne la solidarité, une renonciation tout aussi opposable que celle qui résulterait de la convention *expresse* que suppose l'arrêt de la Cour de Bordeaux. Seulement, il faut ne pas oublier qu'il s'agit ici de débiteurs solidaires en principe, et vis-à-vis desquels, dès lors, la renonciation par le créancier à la solidarité ne doit pas être facilement présumée. Ainsi, il ne serait pas permis d'induire la renonciation soit de ce que le tiers créancier aurait reçu divisément, même sous réserve, la part de l'un des associés ou une somme égale à la portion dont celui-ci serait tenu, soit encore de ce qu'il aurait formé contre l'un d'eux une demande pour sa part : l'art. 1211 du Code civil nous avertit que rien de cela ne suffirait à faire présumer la remise de la solidarité. Mais enfin, de ce que la renonciation tacite est difficilement admissible, il ne s'ensuit pas qu'elle doive n'être admise jamais. L'existence en devra donc être reconnue et déclarée si des faits suffisamment caractéristiques et significatifs la font présumer. C'est là un point à résoudre d'après les circonstances, et, par conséquent, la question est de celles dont la solution doit être laissée à l'appréciation des juges du fait.

Ainsi en serait-il, d'ailleurs, même de la renonciation expresse, si les termes de la convention présentaient de l'ambiguïté. Il appartiendrait alors aux juges du fait de statuer par interprétation de la clause ambiguë. Mais en cette hypothèse, comme en toutes autres, ils devront ne pas perdre de vue que la solidarité est de l'essence de la société en nom collectif, qu'il ne saurait dépendre des associés de s'y soustraire par l'effet de leur volonté seule, et qu'établi dans l'intérêt des tiers, le principe ne peut fléchir qu'autant que les tiers ont manifesté par des actes ou par des faits non équivoques la volonté de n'en pas profiter.

IV. — 1383. Arrivons aux applications. « Les associés en nom collectif, porte l'art. 22 du Code de commerce, sont solidaires *pour tous les engagements de la société*... » Notons, tout d'abord, la différence de ce texte avec l'art. 7, tit. IV, de l'ordonnance de 1673. Par ce dernier article, les associés étaient déclarés solidairement obligés à toutes les *dettes* de la société; d'après l'art. 22 du Code de commerce,

ils sont obligés solidairement à tous les *engagements*. Il a paru convenable de substituer au mot dettes le mot engagements, comme exprimant une idée plus générale (1). La rédaction ainsi modifiée précise, sans aucune équivoque quant à l'application, la portée du principe. Il en résulte que la garantie de la solidarité est attachée, non pas seulement aux dettes, ce qui, dans l'usage, s'entend plus particulièrement des obligations de sommes, mais encore à tous les engagements, c'est-à-dire aux obligations sociales en général, quel qu'en soit l'objet (2), en tant qu'elles rentrent dans les fins de la société. Ajoutons que la garantie protégerait les créanciers sociaux au moins vis-à-vis de la société, même dans le cas où la société serait irrégulièrement constitéue, si d'ailleurs elle avait fonctionné publiquement comme société en nom collectif. Nous n'avons pas à revenir sur ce dernier point, dont nous avons eu à nous occuper dans le titre précédent relatif à la constitution des sociétés (*suprà*, nos 1273 et 1274).

1384. Mais quand, comment et à quelles conditions peut-on dire d'une obligation prise au cours de la société qu'elle constitue l'engagement social auquel l'art. 22 du Code de commerce attache la garantie de la solidarité? A cet égard, le texte de la loi, bien qu'il ne soit pas absolument précis, permet cependant d'affirmer, en termes généraux, que les principes sont les mêmes que dans les sociétés civiles (*suprà*, nos 640 et suiv.). Nous pensons donc, en thèse, que, dans les sociétés commerciales en nom collectif comme dans les sociétés civiles, pour qu'une obligation soit réputée engagement social et lie solidairement, à ce titre, les membres de la société, il faut qu'elle ait été contractée par une personne ayant pouvoir d'obliger tous les associés, et, en outre, qu'elle ait été prise au nom de la société. Ainsi en était-il sous l'ordonnance de 1673 (3). Le Code de commerce, cela est hors de doute, a maintenu ces conditions par l'art. 22, aux termes duquel les associés en nom collectif « sont solidaires pour tous les engagements de la société, *encore qu'un seul des associes ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale.* » Toutefois, ces conditions comportent certaines restrictions; c'est pourquoi il convient de les reprendre distinctement.

V. — 1385. En premier lieu, pour qu'un acte constitue un engagement social obligeant tous les associés, il faut que celui qui l'a consenti ait eu pouvoir de les obliger tous. Mais, dans les sociétés en nom collectif, ce pouvoir appartient, en principe, à tous les associés et à chacun d'eux. La loi commerciale le suppose dans l'art. 22, dont la rédaction, sous ce rapport, diffère de celle de l'art. 1864 du Code civil. Aux termes de ce dernier article, « la stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contrac-

---

(1) Observations des sections réunies du Tribunat (Locré, t. XVII, p. 305 et 306).

(2) Jugé que, dans les sociétés en nom collectif, la patente à laquelle est imposé l'associé principal, bien qu'elle soit personnelle à cet associé, n'en constitue pas moins une dette de la société, dont le recouvrement peut être poursuivi sur l'actif social. Req., 9 mai 1860 (Dall., 60, 1, 349; S.-V., 60, 1, 527; *J. Pal.*, 1861, p. 163).

(3) Pothier (*Soc.*, n° 97).

tant, et non les autres, *à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir.* » Dans les sociétés commerciales en nom collectif, ce pouvoir n'a pas à être *donné* ou exprimé; il est *présumé* et résulte, au profit de chaque associé, du fait même de l'association. Les associés sont censés s'être constitués mandataires les uns des autres. Par suite, chacun d'eux, *en signant seul,* selon l'expression de l'art. 22 du Code de commerce, une obligation prise pour les fins légitimes de la société, peut donner naissance à cet engagement social qui lie tous les associés solidairement, parce que, vis-à-vis des tiers, chacun d'eux est réputé avoir qualité et pouvoir pour traiter au nom de la société et en gérer les affaires. C'est la règle générale : voici maintenant les restrictions.

1386. Et d'abord, à côté de ce pouvoir dont chaque associé est présumé investi, il faut placer, comme palliatif, le droit d'opposition ou de *veto* qui appartient aussi à chacun d'eux. Nous n'hésitons pas, en effet, à penser qu'il convient de faire état, surtout dans les sociétés commerciales en nom collectif, de la disposition de l'art. 1859 du Code civil d'après laquelle ce que fait chaque associé n'est valable pour la part de ses associés que « sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue. » En ce qui concerne les effets de ce *veto,* et aussi les conditions nécessaires pour qu'il puisse être opposé aux tiers, nous n'avons qu'à nous référer à notre commentaire de l'art. 1859 (*suprà,* n°s 555 et suiv.).

1387. Ensuite, il ne faut pas croire qu'un acte quelconque, par cela seul qu'il serait signé de l'un des associés, constituerait l'engagement social susceptible de les obliger tous solidairement. Rappelons, en effet, la distinction précédemment établie entre les actes de disposition et les actes d'administration. C'est particulièrement en ce qui concerne l'administration que les associés sont présumés s'être constitués mandataires les uns des autres et avoir reconnu à chacun le pouvoir d'agir et de traiter pour tous; et, par conséquent, c'est seulement aux engagements ayant le caractère d'actes d'administration que s'attache la solidarité des associés, alors même qu'ils ne sont signés que de l'un d'eux. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la raison d'utilité et les exigences du crédit social ne permettent pas de resserrer trop rigoureusement la sphère de l'administration. Aussi a-t-on vu (*loc. cit.*) que tels et tels actes, par cela qu'ils rentrent dans les nécessités et dans les fins légitimes de la société, sont rangés dans le domaine de l'administration, bien que, pris en eux-mêmes, ils constituent, à vrai dire, des actes de disposition. Quoi qu'il en soit, la distinction n'en doit pas moins être maintenue. Et, bien évidemment, si l'acte signé d'un seul associé était manifestement excessif, s'il était notoirement en dehors de l'administration telle que l'intérêt et le crédit de la société commandent de l'entendre, il ne pourrait être considéré comme rentrant dans le pouvoir dont chaque associé est présumé investi, et le tiers qui, pour un tel acte, aurait accepté la signature d'un associé et s'en serait contenté, ne serait pas admis à prétendre qu'il a la société pour débitrice, et comme garantie la solidarité de tous les associés.

1388. Enfin, une dernière restriction est à noter, et ce n'est pas la moins importante. Elle résulte des stipulations de l'acte de société, alors qu'en instituant une gérance, les associés ont confié l'administration et la signature sociale soit à l'un ou à plusieurs d'entre eux, soit même à une tierce personne. Il ne saurait plus être question, en ce cas, de ce pouvoir de gérer que chaque membre d'une société collective tient, en principe, du fait même de l'association. Les associés se sont volontairement démis de ce pouvoir; ils l'ont abdiqué entre les mains de celui ou de ceux qu'ils ont institués gérants. La présomption de la loi cédant alors et s'effaçant devant la manifestation d'une volonté contraire, le gérant ou les gérants seuls ont le pouvoir de traiter pour la société; seuls, ils peuvent contracter des engagements auxquels s'attache la solidarité des associés. Ainsi, une obligation souscrite par un associé autre que le gérant, fût-elle déclarée prise au nom de la société et pour son compte, resterait sans effet vis-à-vis de la société, ou, tout au moins, n'aurait d'effet qu'autant qu'elle aurait été approuvée par les associés ou que la société en aurait profité.

1389. Mais il faut que les tiers aient connu ou pu connaître la clause du pacte social par laquelle la signature est réservée à un associé ou à plusieurs à l'exclusion des autres. C'est à quoi le législateur a voulu pourvoir, d'ailleurs, par l'art. 57 de la loi du 24 juillet 1867, qui, reproduisant la disposition de l'art. 43 du Code de commerce, exige que l'extrait publié de l'acte constitutif de la société contienne, entre autres mentions, « la désignation des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société. » (*Suprà,* n° 1157.) Il s'agit là, en effet, d'une clause extraordinaire qui intéresse le public. La loi veut, en conséquence, que le public soit mis en mesure de la connaître. A défaut par les associés d'y aviser, la clause est comme non avenue vis-à-vis des tiers (1). Car, peut-on dire encore aujourd'hui avec Pothier, « étant d'usage, dans les sociétés, que les associés se donnent réciproquement le pouvoir de contracter et de faire les affaires de la société les uns pour les autres, celui qui a contracté avec l'un des associés a eu un juste sujet de croire que cet associé avait ce pouvoir, lorsque la clause du contrat de société qui lui ôte ce pouvoir ne lui était pas connue, ni dans le public. » (2)

1390. Selon quelques auteurs, il en serait ainsi, à défaut de publication, même dans le cas où les tiers auraient eu personnellement connaissance de la stipulation interdisant la gestion à l'associé avec lequel ils ont traité. L'interdiction ne prendrait un caractère légal, obligatoire, que par la publication; et, jusqu'à l'accomplissement des formalités tracées par la loi, les associés seraient, à l'égard des tiers, dans les conditions d'une égalité parfaite, en sorte que le traité fait avec l'un d'eux au nom de la société obligerait la société et tous les autres associés (3).

(1) Req., 24 juin 1829 (S.-V., 29, 1, 345; Dall., 29, 1, 280; *J. Pal.*, à sa date).
(2) Pothier (*Soc.*, n° 98).
(3) Voy. M. Delangle (*Soc.*, n° 243). *Jungé :* MM. Malepeyre et Jourdain (p. 129).

Nous ne saurions aller jusque-là. Sans doute, la publication de l'acte de société avec désignation des associés autorisés à gérer est le mode légal de faire connaître au public que, par dérogation à la règle commune des sociétés collectives, la gestion des affaires sociales a été déléguée à tel associé à l'exclusion des autres. Par conséquent, nous admettons, *en thèse générale,* que lorsque l'acte de société n'a pas été publié, ou même quand l'extrait publié n'a pas désigné d'une manière suffisante, c'est-à-dire nominativement, les associés autorisés à gérer, les tiers sont en droit de prétendre qu'ils ont eu juste sujet de croire, selon l'expression de Pothier, que les choses étaient dans les termes du droit commun, et, par suite, que chaque associé pouvait, en vertu du pouvoir qu'il tenait du fait même de l'association, obliger la société et les autres associés dans les actes faits pour le compte de la société (1). Mais pourtant si, en fait, la clause de délégation du pouvoir, quoique non publiée, a été personnellement connue d'un tiers, comment ce tiers pourrait-il être admis à opposer à la société, comme constituant un engagement social, une obligation prise envers lui par un associé auquel la convention avait enlevé le pouvoir de traiter au nom de la société? Évidemment, celui qui a su d'une manière précise et positive que la gestion était confiée à Pierre, auquel exclusivement la signature sociale était donnée, ne peut pas dire qu'il a eu juste sujet de croire qu'en acceptant la signature de Paul il aurait la société et tous les associés pour obligés. Il ne peut pas, quant à lui, mettre en avant la présomption d'ignorance qui résulte du défaut de publication; il a tout su; c'est sa faute s'il n'a pas tenu compte de la convention. La connaissance personnelle qu'il en a eue proteste contre toute réclamation de sa part; et, s'il y a preuve certaine de cette connaissance, la convention doit pouvoir lui être opposée tout comme si elle avait été publiée (2). Mais il faudra que la société fournisse cette preuve. Et c'est en cela seulement que le cas diffère de celui où il y a eu publication. Régulièrement publiée, la convention ou la clause de délégation des pouvoirs est présumée connue, en sorte que la société et les associés n'ont aucune autre justification à produire pour s'exonérer des actes accomplis au mépris de la convention. Au contraire, à défaut de publication, les tiers sont présumés ignorer la clause dérogatoire; et, pour n'être pas tenus, les associés doivent faire tomber la présomption en établissant qu'en fait le tiers qui a traité avec un associé savait personnellement que la convention avait enlevé à cet associé le pouvoir de traiter pour le compte de la société.

1391. Mais, notons-le bien, la publication elle-même ne saurait protéger la société et les associés contre leurs propres agissements. La présomption qu'elle crée ne tient qu'autant que la société reste fidèle à la clause de délégation des pouvoirs. Sous l'ordonnance de 1673, qui avait prescrit aussi l'enregistrement et l'inscription d'un extrait des

---

(1) Voy. M. Rodière (*Sol. et indiv.*, n° 245).
(2) Voy. MM. Pardessus (n° 1023), Bédarride (*Soc.*, n° 156).

contrats de société, on se demandait, après que la disposition fut tombée en désuétude, quand et comment les tiers pouvaient être censés avoir eu juste sujet de croire que l'associé avec lequel ils contractaient avait le pouvoir d'administrer les affaires de la société. C'est, répondait Pothier, lorsque cet associé était dans l'usage de contracter au nom de la société au vu et au su de ses associés. « La dette qu'il a contractée par ce contrat, dit-il, oblige ses associés, quand même il aurait été formellement exclu de l'administration par une clause du contrat de société; car s'ils ne sont pas obligés, en ce cas, en vertu d'un pouvoir qu'ils lui avaient donné de contracter pour la société, ils le sont *ex dolosâ suâ dissimulatione;* ou même, sans les accuser de dol, on peut dire qu'en le laissant contracter au nom de la société à leur vu et su, ils doivent être présumés lui en avoir tacitement accordé le pouvoir, qu'ils lui avaient d'abord refusé par le contrat de société. » (1) La solution serait incontestablement applicable dans notre espèce. Il est évident que les parties, en se constituant en société, auraient vainement réservé à l'une d'elles exclusivement le droit et le pouvoir de gérer et auraient, par une publication régulière, porté cette réserve à la connaissance des tiers, si, en fait, dérogeant elles-mêmes au pacte social en ce point, elles avaient souffert qu'un associé non gérant traitât au nom de la société, et si elles avaient accepté, en les exécutant, les engagements ainsi contractés. Dans ce cas, assurément, la clause dérogatoire, quoique régulièrement publiée, ne serait pas opposable aux tiers; ou tout au moins ceux-ci seraient en droit de prétendre et devraient être admis à prouver que les associés eux-mêmes, par leur propre fait, leur avaient donné juste sujet de croire que celui avec lequel ils avaient contracté avait tacitement obtenu le pouvoir dont le pacte social l'avait dépouillé.

1392. Notons, en terminant sur cette première condition, que les observations qui précèdent, bien que relatives au cas où le pacte social a constitué une gérance, sont généralement applicables à l'hypothèse où les administrateurs ne seraient nommés que par acte postérieur au contrat de société (C. civ., art. 1856). Ce serait là une de ces modifications au pacte social qui, d'après l'art. 61 de la loi du 24 juillet 1867, sont soumises à la formalité de publication (*suprà,* n° 1346). Dès lors, tant que la nomination n'a pas été rendue publique, la société est, à l'égard des tiers, sous l'empire de la règle générale; par conséquent, les associés sont toujours censés s'être donné réciproquement le pouvoir de gérer, de traiter les uns pour les autres, en sorte que chacun d'eux oblige la société et, solidairement, tous les associés, dans les actes faits pour le compte de la société. Mais dès que la nomination a été régulièrement publiée, les tiers sont avertis que le pouvoir de gérer, d'administrer et de signer pour la société appartient aux gérants que la publication signale, et ce à l'exclusion de tous autres. Et, désormais, les obligations contractées avec les associés, administrateurs ou non, seront à considérer comme constituant des engagements sociaux ou des

(1) Pothier (*loc. cit.*).

engagements simplement personnels, suivant les distinctions indiquées dans les numéros qui précèdent.

VI. — 1393. Ce n'est pas tout que l'engagement soit contracté par un associé ou un gérant ayant pouvoir et qualité; d'après la loi actuelle, comme d'après l'ordonnance de 1673 (tit. IV, art. 7), il faut, en outre, pour qu'il constitue l'engagement social qui lie tous les associés solidairement, qu'il soit pris au nom de la société. De là des conséquences nettement déduites par Pothier. « Lorsque la dette a été contractée au nom de la société, dit-il, elle oblige tous les associés, *quand même la dette n'aurait aucunement tourné au profit de la société;* par exemple, si l'un des associés a emprunté une somme au nom de la société, quoiqu'il ait employé cette somme à ses affaires particulières, et non à celles de la société, le créancier qui a son billet signé *et compagnie,* peut en demander le payement à tous les associés; car ce créancier ne pouvait pas prévoir l'emploi que l'associé ferait de la somme qu'il lui a prêtée pour la société; les associés doivent s'imputer de s'être associés à un associé infidèle, de même qu'en pareil cas un commettant doit s'imputer d'avoir préposé à ses affaires une personne infidèle... Au contraire, lorsque l'un des associés ne paraît pas avoir contracté au nom de la société, mais en son nom seul, *quoique le contrat ait tourné au profit de la société; putà* si, ayant emprunté en son nom seul une somme d'argent pour ses affaires, il l'a employée aux affaires de la société, celui qui a contracté avec cet associé n'aura pas pour cela d'action contre les autres associés; car, selon les principes du droit, un créancier n'a d'action que contre celui avec qui il a contracté, et non contre ceux qui ont profité de ce contrat... » (1)

1394. Bien entendu, Pothier suppose que le traité est intervenu avec un associé autorisé à signer pour la société. Les solutions ne seraient plus les mêmes si, en modifiant l'hypothèse, nous supposions l'obligation souscrite par un associé sans pouvoir ni qualité pour traiter au nom de la société. Dans cette hypothèse, où il convient de se placer tout d'abord, il peut arriver que cet associé sans pouvoirs contracte sous la raison sociale ou qu'il traite en son nom. Au premier cas, la ociété et les autres associés ne seront pas obligés, en principe; seulement, ils le seront si, par la suite, ils ratifient le contrat expressément ou tacitement. Il y aurait ratification tacite ou implicite si la société avait profité de l'opération, car elle aurait par là virtuellement approuvé le contrat. Et, se l'étant ainsi approprié en quelque sorte, elle ne serait plus recevable à prétendre qu'elle en doit être affranchie (2). Au second cas, la société n'est évidemment pas obligée si elle n'a pas profité du contrat. Mais que décider si elle en a profité? C'est la question discutée à l'occasion des sociétés civiles dans le commentaire de l'art. 1864. D'accord avec la jurisprudence et la majorité des auteurs, nous avons admis que le tiers créancier, dans cette hypothèse, n'a rien à demander

(1) Pothier (*Soc.*, n° 101).
(2) Voy. M. Bravard (*Soc.*, p. 64).

ni à la société ni aux associés, et qu'il a pour seul obligé celui avec lequel il a traité et dont il a suivi la foi (*suprà,* nos 651 et 652). Cela ne doit être admis dans les sociétés commerciales en nom collectif que sauf une modification et certaines réserves. Oui, sans doute, les autres associés seront quittes ou affranchis de toute obligation si la société n'a retiré du contrat qu'un avantage ou un profit indirect. Ainsi, un associé sans pouvoirs emprunte, en son nom, des fonds qu'il emploie à satisfaire à ses obligations personnelles envers la société ou à des opérations sociales (1); il y a certes là profit pour la société; seulement, le profit est indirect, et sans difficulté nous admettrons que, même eût-elle connu l'origine des deniers, la société ne serait nullement tenue envers le tiers créancier. Mais ce serait autre chose si elle avait retiré un bénéfice direct de l'engagement pris par l'un de ses membres. Par exemple, un associé achète des marchandises pour un prix réel de 10000 francs; il accuse une somme de 6000 francs, et la société, qui trouve l'affaire bonne, reçoit les marchandises à ce dernier prix. Le contrat lui profite directement en ce cas; et comme elle s'est approprié l'engagement par son acceptation, il serait absolument contraire à l'équité et à la réalité du fait qu'elle ne fût pas tenue au moins dans la mesure de ce profit direct que l'affaire lui a procuré. La société sera donc obligée envers le vendeur des marchandises, sinon pour 10000 francs, au moins pour 6000, et, par cela même, les associés seront solidairement obligés, savoir : celui qui a traité avec le tiers, pour le tout, et les autres jusqu'à concurrence des 6000 francs dont la société est tenue (2).

1395. Cette réserve faite, revenons à notre deuxième condition et demandons-nous quand on peut dire que l'engagement contracté par un associé, administrateur ou non, mais ayant qualité ou pouvoir, est pour le compte de la société. Dans les sociétés civiles, au regard desquelles également les obligations ne lient la société que sous cette condition d'avoir été contractées en son nom, la question n'est pas sans quelques difficultés; et l'on sait qu'à défaut d'énonciations suffisamment précises à cet égard dans l'acte, il faut recourir aux tribunaux, qui ne peuvent statuer que d'après les circonstances propres à chaque affaire. Dans les sociétés commerciales en nom collectif, lesquelles, selon la définition de la loi, ont pour objet de faire le commerce *sous une raison sociale* (C. comm., art. 20), la question est notablement simplifiée. C'est par l'emploi de la raison sociale, c'est-à-dire du nom commercial de la société (*suprà,* n° 835), que, généralement, l'accomplissement de la condition est ou doit être constaté. L'art. 22 du Code de commerce s'en explique, du reste, nettement dans sa formule même, puisque les associés y sont déclarés solidaires pour tous les engagements signés même d'un seul, « pourvu que ce soit sous la raison sociale. » Ainsi, lorsqu'un acte est signé de la raison sociale, lorsqu'il

---

(1) Les arrêts de la Cour de cassation cités sous le n° 651 sont tous rendus dans ces hypothèses.

(2) Voy. M. Rodière (*Sol. et indiv.*, n° 247). Voy. aussi M. Bédarride (*Soc.*, n° 165 *bis*, 2e édit.). *Comp.* M. Massé (n° 1959).

porte, dès lors, le nom commercial de la société, la présomption est que cet acte est fait pour le compte de la société. Il se peut que la raison sociale n'ait pas été employée dans l'intérêt commun; par exemple, que les fonds empruntés par le gérant, sous cette signature, aient été appliqués à ses besoins personnels ou même dissipés, que des marchandises achetées pour le compte de la société aient été revendues pour le compte du gérant, que des billets aient été négociés pour lui-même et non pour la société : cela n'importe en aucune façon. Le fait fût-il certain et prouvé, les associés ne pourraient échapper à la solidarité, dès que le tiers, de bonne foi, avec lequel le gérant a traité, représente un titre signé de la raison sociale. La loi, dit exactement M. Delangle, n'impose pas aux tiers l'obligation impossible de s'assurer si les négociations du gérant tourneront au profit de la société : c'est aux associés d'y veiller. Et il rapporte à l'appui un parère dans lequel Savary exprime que la proposition contraire est ridicule et qu'il ne faut pas avoir de sens commun pour la soutenir (1).

1396. Toutefois, cette présomption qui s'induit de l'emploi de la raison sociale n'est pas, à vrai dire, une présomption *juris et de jure*, une présomption légale excluant toute preuve contraire. La raison sociale est le mode habituel et le plus commode pour indiquer l'obligation de la société et des associés; mais ce n'est pas la forme nécessaire, ni même sacramentelle. Il faut donc tenir compte des circonstances. De même que des actes signés de la raison sociale peuvent, d'après les circonstances, ne constituer que des engagements purement personnels, de même aussi il peut se faire, à l'inverse, que des engagements portant le nom d'un seul associé sans indication de la raison sociale soient à considérer comme pris dans l'intérêt de la société, et, par suite, comme obligeant tous les associés solidairement. Citons à l'appui quelques exemples empruntés aux applications fournies par la jurisprudence dans l'un et l'autre sens.

1397. Ainsi, lorsque, par son objet même, un engagement apparaît avec évidence comme ne concernant en aucune façon les affaires de la société, il est clair que la signature apposée par le gérant sous la raison sociale ne saurait lier les associés. « Si, par la qualité du contrat que j'ai fait avec une personne qui était en société de commerce avec d'autres, dit Pothier, il paraissait que l'objet du contrat ne concernait pas les affaires de la société, comme si ce contrat était un marché pour des ouvrages à faire à une maison que la personne possédait hors de la société; quoiqu'elle ait signé à ce contrat *et compagnie*, cette dette ne sera pas pour cela réputée sociale, paraissant, par ce qui en faisait l'objet, qu'elle ne concerne pas les affaires de la société. » (2) On en peut dire autant de tout engagement qui aurait pour objet des choses manifestement étrangères au commerce de la société. Supposons, en effet, que le gérant d'une société constituée pour faire un commerce

---

(1) M. Delangle (*Soc.*, nos 244 et 246).
(2) Pothier (*loc. cit.*).

spécial ou déterminé, par hypothèse le commerce des bois ou des vins, achète des marchandises propres à un tout autre commerce, par exemple des draps ou des étoffes, les associés seraient assurément en droit de prétendre que l'engagement n'est pas social, quand bien même il aurait été signé par le gérant sous la raison sociale (1), et que, par conséquent, ils ne sont pas obligés.

1398. Des auteurs, assimilant à ces hypothèses le cas où l'engagement aurait pour cause le payement de dettes personnelles à l'associé qui l'aurait signé, estiment que la présomption attachée à l'emploi de la raison sociale devrait fléchir même en ce cas, et, partant, que l'engagement n'obligerait ni la société ni les autres associés (2). La solution est trop absolue; et, en thèse au moins, nous n'irions pas jusque-là. Selon nous, le cas se distingue nettement des hypothèses précédentes. Lorsqu'un tiers traite avec le gérant d'une affaire qui, par son objet même, s'annonce comme absolument étrangère au commerce de la société, *super re aut negotio ad societatem minimè expectante* (3), il n'y a pas pour ce tiers d'équivoque possible. L'opération n'étant et ne pouvant pas être de celles qui concernent les affaires de la société, il sait à n'en pouvoir douter que le gérant a excédé ses pouvoirs et en a abusé en apposant au contrat la signature de la société. Le fait par lui-même s'élève alors contre la présomption résultant de l'emploi de la signature sociale. C'est donc à juste titre que les associés sont admis à prouver qu'il ne leur incombe pas de subir les charges qu'un tiers, à tout le moins imprudent, prétend leur imposer. Au contraire, la présomption milite pour le tiers lorsque l'engagement pris envers lui a pour cause le payement de la dette personnelle de celui qui a signé, lorsque, par exemple, en échange d'un titre souscrit par son débiteur personnel, il reçoit un titre signé de la raison sociale. Il n'est pas impossible, en effet, que, par suite d'arrangements intervenus entre son débiteur et les autres associés, la dette soit devenue sociale de personnelle qu'elle était originairement. Par cela même qu'il est payé avec des fonds ou des valeurs empruntées à la caisse sociale, il est autorisé à le penser et peut le croire de très-bonne foi. Il a pu croire aussi que la société avait un intérêt, direct ou indirect, à ce que la dette de l'un de ses membres fût acquittée, soit pour laisser à celui-ci le moyen de faire ou de compléter son apport, soit pour le soustraire à des poursuites qui, en causant sa faillite et sa ruine, pourraient entraîner la ruine ou la faillite de la société. Il a pu le croire précisément à cause de l'emploi par son débiteur de la raison sociale (4). La réalité du fait n'est donc pas nécessairement contraire ici à la présomption; et, par conséquent, le tiers créancier, se retranchant à bon droit der-

(1) *Comp.* MM. Malepeyre et Jourdain (*Soc.*, p. 95 et 96).

(2) Voy. MM. Delangle (*Soc.*, nos 247 et suiv.), Massé (no 1957), Dalloz (*Rép.*, vo Société, no 927), Bédarride (*Soc.*, nos 159 à 165), Alauzet (no 288).

(3) Cataregis (t. I, disc. 39, no 12).

(4) Voy. les motifs de l'arrêt de la Cour de Paris du 11 déc. 1866, cité plus haut (no 1357), avec l'arrêt de rejet du 27 janv. 1868.

rière cette présomption, doit être admis à prétendre que la signature sociale, en ce cas, lie la société et implique l'obligation solidaire des associés. Ainsi décide la Cour de cassation, dont la jurisprudence est établie par une longue suite d'arrêts (1). Et quant à la doctrine que les défenseurs de la thèse contraire présentent généralement comme unanime en leur faveur, nous dirons avec plus d'exactitude qu'elle est partagée. Bien des auteurs sont opposés à cette thèse (2). Et, parmi ceux dont on invoque le témoignage, il en est qui ne touchent en aucune façon à la thèse ou même qui n'y touchent que pour la rejeter. Citons notamment Pardessus qui, loin de contester la jurisprudence de la Cour de cassation, comme on le suppose, dit expressément, au contraire, que « l'emploi de la raison sociale serait en faveur du réclamant une présomption qui le dispenserait de toute preuve, et que peu importerait même que l'associé eût employé la raison sociale *pour acquitter une dette personnelle, et que celui qui a traité avec lui eût connu cette circonstance.* » Quant à Merlin, il discute uniquement, dans le réquisitoire invoqué (3), une question de compétence en matière pénale, et ses conclusions, d'ailleurs, on va le voir, loin d'être opposées à la théorie des arrêts précités de la Cour de cassation, se concilient parfaitement, au contraire, avec elle.

1399. Et, en effet, si la présomption est en faveur du créancier même en ce cas, c'est à la condition que la bonne foi de ce créancier soit certaine et ne puisse pas être à bon droit contestée. Mais supposons, par exemple, qu'en recevant un titre signé de la raison sociale en échange du titre souscrit par son débiteur personnel le créancier a su que ce dernier agissait au détriment de la société et la grevait d'une dette que seul il devait supporter, certes la présomption tirée de l'emploi de la raison sociale serait vainement invoquée en ce cas. Non-seulement le créancier ne pourrait pas l'opposer pour s'attaquer à la société, mais encore il serait exposé à être recherché lui-même à raison de la fraude. Et c'est là tout ce qui s'induit soit du réquisitoire de Merlin mal à propos cité sur la question précédente, soit de l'arrêt rendu à la suite. La question, dans l'espèce, était de savoir s'il y avait crime de faux dans l'abus fait par un gérant de la signature sociale pour parvenir à éteindre des dettes purement personnelles, et, en conséquence, si le fait pouvait être déféré à un tribunal spécial en exécution de la loi du 23 floréal an 10, dont l'art. 2 avait attribué aux tribunaux spéciaux la

(1) Rej., 11 mai 1836 (Dall., 38, 1, 403; S.-V., 36, 1, 711; *J. Pal.*, à sa date); Req., 22 avr. 1845, 7 mai 1851, 21 févr. 1860 (Dall., 45, 1, 260; 51, 1, 254; 60, 1, 121; S.-V., 45, 1, 341; 51, 1, 321; 60, 1, 415; *J. Pal.*, 1852, t. I, p. 115; 1860, p. 1005). Voy. aussi Rouen, 13 févr. 1847, et Paris, 14 août 1852 (Dall., 49, 2, 198; S.-V., 52, 2, 495; *J. Pal.*, 1852, t. II, p. 451). — Voy. cependant Bordeaux, 12 août 1868 (*J. Pal.*, 1869, p. 564; S.-V., 69, 2, 108).

(2) Voy. notamment MM. Pardessus (n° 1025), Bravard et Demangeat (*Soc.*, p. 60), Rodière (*Sol. et indiv.*, n° 249), Rivière (*Rép. écrit. sur le Code de comm.*, p. 64). — *Comp.* M. Bourgeois (p. 219 et 220).

(3) Merlin (*Rép.*, v° Faux, sect. 1, § 5). De même, M. Troplong, dans le passage invoqué comme contraire à la jurisprudence (*Soc.*, n° 805), traite du pouvoir dont l'associé contractant, *nomine sociali*, doit être investi pour que le créancier ait action contre la société, et ne dit pas un mot de notre question.

connaissance du crime de faux en écriture publique ou privée. La Cou de cassation, sur les conclusions de Merlin, se prononça d'abord pou la négative, contrairement à la décision de la Cour spéciale des Bouches du-Rhône, qui s'était déclarée compétente (1). Mais, appréciant ensuit les faits accomplis entre le gérant et le porteur du titre, Merlin dans so réquisitoire, et la chambre criminelle dans son arrêt, reconnaissent déclarent que les faits caractérisent, sinon le crime de faux, au moi le délit d'escroquerie, et que, perpétrés de complicité entre le géra qui avait créé les titres et le porteur qui les avait reçus en payemen ils donnaient aux plaignants le droit de se pourvoir tant contre l'un q contre l'antre devant le tribunal de police correctionnelle. Or, loi d'être en opposition, comme on l'a prétendu (2), avec la jurisprudenc établie par les arrêts rendus ultérieurement par les chambres civiles d la Cour de cassation et cités au numéro précédent, cette décision semble au contraire, en avoir pressenti la pensée. Car elle implique nécessair ment la mauvaise foi et la fraude de la part du créancier qu'elle tie comme complice de l'escroquerie commise par le gérant. Et, précis ment, les arrêts précités des chambres civiles ont pour base la bon foi du tiers qui a reçu un titre social en payement de sa créance perso nelle; même dans leurs motifs, ils font des réserves expresses pour cas où ce tiers serait, au contraire, de mauvaise foi. Aussi, lorsqu plus tard, le cas réservé s'est produit, la Cour a dit : « Attendu qu' résulte de l'ensemble des faits constatés que le demandeur avait u parfaite connaissance de la nature des valeurs qu'il recevait en échang de sa créance primitive contre le gérant; qu'il savait que ces valeu appartenaient à la caisse commerciale de l'Eure; qu'elles étaient de tinées à ses opérations, et qu'elles n'en étaient détournées, à son d triment, que pour avantager les créanciers personnels du gérant; qu' recevant ainsi ces valeurs au préjudice de la société, *le demandeur agi sait de mauvaise foi,* et que c'est à tort qu'il invoque des principes q ne sont applicables qu'au cas d'engagement serieux contracté entre gérant d'une société et les tiers. » (3) Ces derniers termes de l'arrêt so précis; ils indiquent nettement comment la question doit être résol en définitive. Oui, s'il s'agit d'un engagement sérieux, accepté sa fraude et de bonne foi par le créancier, l'emploi de la raison sociale cr pour ce créancier une présomption qui le dispense de toute preu contre la société et les associés, même quand l'engagement a po cause le payement de dettes personnelles à l'associé signataire. Mais l'engagement n'est pas sérieux, s'il a été concerté et conclu de ma vaise foi entre le gérant et le tiers créancier, il ne saurait, quoique sou crit de la raison sociale, donner à ce dernier le droit de s'attaquer à l

(1) Crim. cass., 16 oct. 1806 (S.-V., 6, 2, 582; Coll. nouv., 2, 1, 297; Dall., 6, 1, 653; *J. Pal.*, à sa date); Merlin (*loc. cit.*).

(2) Voy. MM. Delangle (nos 251 et suiv.) et Bédarride (n° 162).

(3) Req., 24 janv. 1853 (S.-V., 53, 1, 242; *J. Pal.*, 1853, t. I, p. 350; Dall., 53, 1, 13). *Junge* : Lyon, 26 juin 1851 (S.-V., 52, 2, 341; Dall., 52, 2, 284; *J. Pal.*, 1853, t. II, p. 169).

société et aux autres associés. C'est alors un cas qu'à titre d'exemple encore il faut ajouter à ceux où la présomption attachée à l'emploi par le gérant de la raison sociale fléchit et s'efface devant la réalité.

1400. Par contre, le gérant ou tout associé ayant pouvoir et qualité oblige la société avec la garantie solidaire des associés, même sans employer la raison sociale et en signant de son nom personnel, s'il résulte de la teneur de l'acte qu'il est contracté pour le compte de la société. Cela aurait pu être mis en doute sous l'ordonnance de 1673, qui, dans l'art. 7, tit. IV, exprimait que tous associés sont obligés solidairement aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la compagnie *et non autrement*. Cependant, sans s'arrêter à ces derniers mots qui semblaient faire de la signature sociale la condition nécessaire de l'obligation solidaire des associés, la Cour de cassation, interprétant l'ordonnance, a constamment jugé que cette disposition n'excluait en aucune manière la faculté de prouver, à l'aide de l'acte même ou des circonstances, que celui qui avait signé son nom seul avait agi pour la compagnie (1). A plus forte raison doit-on le décider ainsi par application de l'art. 22 du Code de commerce, dans lequel les mots « non autrement », en apparence restrictifs, n'ont pas été reproduits. On peut dire, sans doute, que l'engagement signé d'un seul associé en son nom personnel est présumé contracté dans l'intérêt exclusif et pour les affaires du signataire; et que c'est précisément sur le fondement de cette présomption que l'art. 22 implique, en ce cas, une exception au principe de la solidarité qui lie tous les membres d'une société collective. Mais, pas plus que la présomption en sens inverse dont nous parlions tout à l'heure, celle-ci n'est une présomption légale; elle peut donc être détruite par la preuve contraire; et si cette preuve résulte de la teneur même de l'acte, par exemple si le gérant a signé comme chef de la maison sociale, si à son nom personnel il a ajouté les mots *et compagnie,* s'il est dit dans le corps de l'acte qu'il est souscrit dans l'intérêt de la société, il faudra reconnaître qu'il est suppléé à la raison sociale par un équivalent, et, partant, que les associés sont solidairement obligés (2).

1401. Bien plus : la présomption pourrait être détruite par des preuves même extrinsèques. Ainsi, le gérant d'une société constituée pour faire un commerce spécialement déterminé traite, en son nom personnel et sans indication de la raison sociale, d'un lot de marchandises propres à ce commerce : assurément, le vendeur, excipant de l'objet même du contrat, devra être admis à prouver que l'engagement se réfère à la société, et, par suite, que tous les associés en répondent solidairement. « Attendu, dit en ce sens la Cour de Bordeaux, qu'un

---

(1) Voy. Req., 23 frim. an 13; Rej., 30 juill. 1810; Req., 21 août 1811 (S.-V., 5, 2, 675; Coll. nouv., 2, 1, 39; 3, 1, 221 et 396; Dall., 5, 1, 186; *Rép.*, v° Société, n° 930; *J. Pal.*, à leur date).

(2) Voy. MM. Pardessus (n° 1025), Troplong (n° 806), Rodière (*Sol. et indiv.*, n° 248), Malepeyre et Jourdain (p. 63), Delangle (n° 237), Bédarride (n°s 148 et suiv.), Alauzet (n° 291), Massé (n° 1958).

engagement qui n'est signé que d'un seul des associés, et qui ne contient pas le nom social, ne reste une dette étrangère à la société qu'autant qu'il n'est pas établi d'une autre manière qu'il a été souscrit pour le compte de cette même société; mais lorsque cette preuve extrinsèque est fournie, on doit y rattacher le caractère de solidarité qu'il exprimerait par lui seul, s'il était signé de la raison sociale.» Et le pourvoi dirigé contre cet arrêt a été rejeté par ce motif qu'en tirant des faits déclarés constants la conséquence que la négociation constituait une dette de la société, l'arrêt, loin de violer les principes, en avait, au contraire, fait une juste application (1). A ce même ordre d'idées se rattache un autre arrêt qui, sans statuer précisément au point de vue de l'obligation solidaire des associés, la préjuge cependant ou même la résout implicitement en décidant que l'acquisition d'une maison par un associé gérant, en son nom propre et non sous la raison sociale, a pu être reputée faite pour le compte de la société, d'après les circonstances, spécialement quand le gérant a affecté la maison, après l'y avoir appropriée, à l'industrie qui faisait l'objet de la société (2).

1402. Enfin, ajoutons, pour terminer sur ce point, que ce qui pourrait le mieux suppléer à l'omission de la raison sociale, c'est le concours à l'acte et la signature de tous les associés. De même, dit M. Delangle, qu'un engagement souscrit par l'associé gérant en son nom personnel oblige la société, s'il en résulte expressément qu'il a été contracté par la société, de même, si tous les associés prennent part à l'opération et si elle se réfère au commerce de la société, l'acte qui la constate, quoique non revêtu de la raison sociale, doit appartenir à la société. Il l'oblige ou lui profite selon les cas. La signature du mandant équivaut à celle du mandataire (3). On peut dire même qu'il y a ici plus qu'un équivalent. Si la société est liée et si tous les associés sont obligés solidairement lorsque l'engagement est signé par le gérant sous la raison sociale, qui n'est que fictivement la représentation des membres de la société, à plus forte raison en doit-il être ainsi quand chacun des associés a réellement figuré à l'acte constatant une opération faite en commun et par tous.

VII. — 1403. L'engagement social et ses conditions constitutives étant connus, il reste à fixer la mesure, les caractères et la portée de la solidarité sous laquelle les associés sont tenus. A cet égard, il convient de rappeler ce que nous avons dit plus haut (n°s 1372 et suiv.) et ce qu'indique d'ailleurs le texte même de l'art. 22 du Code de commerce, à savoir : que tout engagement social implique des dettes ou des obligations distinctes, en ce qu'il donne à la fois la société et les associés pour obligés au tiers envers lequel il est pris. Et il en devait être ainsi par la force même des principes. En définitive, c'est à la société

(1) Bordeaux, 30 mai 1834; Req., 19 nov. 1835 (S.-V., 34, 2, 469; 36, 1, 132; Dall., 35, 1, 446; *J. Pal.*, à sa date).
(2) Req., 19 août 1846 (S.-V., 47, 1, 28; Dall., 46, 1, 360; *J. Pal.*, 1847, t. I, p. 84).
(3) M. Delangle (n° 258). Voy. aussi MM. Troplong (*Soc.*, n°s 848 et 849), Massé (n° 1946), Bourgeois (p. 220).

qu'il est fait confiance par ceux qui traitent avec ses représentants. Et dès que la société a une personnalité juridique, dès qu'elle constitue un être moral, capable, à ce titre et en cette qualité, de contracter et de s'obliger, il allait de soi qu'elle fût directement et principalement soumise aux obligations contractées par elle ou pour elle, et que les membres de cette société, dont le crédit tient précisément à la considération des personnes, y fussent soumis également, mais en seconde ligne et en quelque sorte à titre de garantie. C'est bien là l'économie de la loi. « Les associés en nom collectif, dit l'art. 22, sont solidaires *pour tous les engagements de la société.* » Or, de cette formule même il s'induit clairement qu'il y a là deux dettes distinctes : l'une principale, celle de l'être moral, société; l'autre subsidiaire ou accessoire, celle des associés. Aussi est-il assez généralement admis que, relativement aux engagements sociaux, les associés, dans leur rapport avec la société, ne sont pas, à vrai dire, des codébiteurs : leur qualité, selon l'expression de Pardessus, tient beaucoup plus du cautionnement (1).

1404. Cependant, ce n'est pas à dire que les associés en nom collectif jouissent de tous les avantages accordés aux cautions en matière civile. Notamment, la loi donne à la caution poursuivie par le créancier, faute par le débiteur principal de satisfaire à son obligation, le droit d'exiger que ce dernier soit, au préalable, discuté dans ses biens : c'est le droit organisé par les art. 2121 et suivants du Code civil sous la dénomination de *bénéfice de discussion.* En outre, lorsque plusieurs personnes se sont conjointement rendues caution d'un même débiteur pour une même dette, la loi permet à celle qui serait poursuivie de demander, si elle n'en a pas perdu la faculté par une renonciation, que le créancier divise préalablement son action entre toutes les cautions solvables et les réduise à la part et portion de chacune d'elles. C'est un autre droit que l'art. 2026 du même code établit sous le nom de *bénéfice de division* (2). A notre avis, les associés en nom collectif exciperaient vainement de ce que leur obligation est secondaire ou accessoire pour opposer soit l'une, soit l'autre de ces exceptions.

1405. C'est incontestable en ce qui concerne le bénéfice de division. Comment, en effet, l'un des associés, poursuivi pour la totalité de la dette sociale, pourrait-il invoquer cette exception et demander que le créancier réduisît son action à la part et portion de chaque associé? La solidarité y résiste invinciblement. Même en matière civile, des cautions obligées solidairement ne jouiraient pas de ce bénéfice. Car la solidarité implique renonciation, puisqu'elle est par elle-même exclusive de la division des poursuites. C'est une maxime fondamentale (art. 1203 du Code civil), que le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division. Or, les associés en nom col-

(1) Voy. Pardessus (n° 1026). Voy. aussi MM. Foureix (n° 64), Rodière (*op. cit.*, n° 256), Malepeyre et Jourdain (p. 131), Delangle (n° 263), Alauzet (n° 287).
(2) Voy. notre *Traité-Commentaire des Petits Contrats* (t. II, nos 11, 154 et suiv., et 187 et suiv.).

lectif sont obligés solidairement, et, en quelque qualité qu'on les prenne, il n'en peut jamais être autrement. Donc, il y a impossibilité légale à ce qu'ils invoquent à leur profit la disposition de l'art. 2026. Sur ce point, il n'y a pas de dissentiment.

1406. C'est autre chose en ce qui concerne le bénéfice de discussion. A cet égard, les auteurs sont, au contraire, fort divisés. Il en est qui admettent sans réserve les associés à opposer l'exception. « Être de raison ou personne civile, disent MM. Delamarre et le Poitvin, dont l'opinion est suivie par d'autres auteurs, la société en nom collectif ne confond pas ses biens avec ceux des associés : elle en est propriétaire exclusive. Par conséquent, ses créanciers y ont droit de préférence aux créanciers particuliers des individus qui la composent. Mais ceux-ci répondent subsidiairement, *in solidum,* de tous les engagements de cet être de raison qu'ils ont mis en rapport avec le public... Nous disons *subsidiairement :* car le créancier ne pourrait contraindre les associés, conjointement ou divisément, avant d'avoir épuisé les biens de la société, sa débitrice directe et principale. A la vérité, ils sont tenus, chacun d'eux et un seul pour tous, de ce que la société est dans l'impuissance de payer ; mais ce n'est pas comme codébiteurs solidaires de l'être de raison qui les représente : ils en sont seulement tenus *in solidum.* D'où la conséquence qu'on ne peut les contraindre, par saisie de leur personne ou de leurs biens personnels, qu'après épuisement de l'avoir social... » (1) D'autres auteurs pensent, au contraire, que la solidarité des associés est absolument exclusive du bénéfice de discussion aussi bien que du bénéfice de division, et enseignent que tout créancier social peut, quand même la société serait complétement solvable, s'attaquer, à son gré et indistinctement, soit au patrimoine des associés, conjointement ou divisément, soit à l'avoir de la société (2). Il en est, enfin, qui, sans admettre non plus le bénéfice de discussion en faveur des associés, reconnaissent pourtant qu'un ordre de poursuites s'impose aux créanciers sociaux, et que ces créanciers ne doivent et ne peuvent arriver aux associés personnellement qu'après s'être adressés d'abord et vainement à la caisse sociale. Mais, d'accord à cet égard, les auteurs qui tiennent pour cette doctrine se divisent sur le point de savoir à quel moment le créancier peut être admis à exercer son recours contre les associés individuellement. D'après les uns, il suffirait que la société eût été mise en demeure et que le refus, par la caisse sociale, de payer fût constaté par un protêt ou par tout autre équivalent (3). Selon d'autres, la simple constatation du refus en cette forme serait insuffisante, et les créanciers sociaux ne pourraient s'adresser aux associés qu'après avoir obtenu un jugement de condamnation contre la société (4).

---

(1) Voy. MM. Delamarre et le Poitvin (*Cont. de comm.*, n° 240, et *Traité du droit comm.*, t. III, n° 26). Voy. aussi MM. Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 910), Demangeat, sur Bravard (p. 66, à la note), Alauzet (n° 287).

(2) Voy. notamment M. Bravard-Veyrières (*loc. cit.*, au texte).

(3) Voy notamment M. Molinier (n° 354).

(4) Voy. MM. Pardessus (n° 1026), Malepeyre et Jourdain (p. 131), Delangle

De ces diverses solutions, nous admettons de préférence la dernière. Nous écartons les systèmes absolus : — celui qui admet le bénéfice de discussion, parce que la solidarité édictée par l'art. 22 est une solidarité véritable, non une simple obligation *in solidum,* et que d'ailleurs les affaires commerciales, avec la rapidité qu'elles exigent, ne comportent pas les lenteurs inhérentes au bénéfice de discussion; — celui qui, en sens inverse, permet au créancier de s'adresser indistinctement et à son choix à la société, ou aux associés individuellement, parce que, englobant l'obligation directe et principale de la société dans la solidarité édictée par la loi contre les associés seulement, elle ne fait qu'une seule obligation des deux obligations dont nous avons constaté l'existence. Cette idée des deux obligations, l'une directe et principale, l'autre subsidiaire ou accessoire, nous conduit donc naturellement à la division des poursuites. Naturellement aussi, c'est contre la société d'abord que les poursuites doivent être dirigées, puisqu'elle est obligée en première ligne; et c'est seulement quand la dette de la société est certaine que le créancier, s'il n'est pas payé par la caisse sociale, peut s'en prendre au patrimoine personnel des associés. Or, ni un protêt, ni tous autres actes équivalents, ne prouvent par eux-mêmes que la société est réellement débitrice. Ils constatent uniquement que, sur la demande qui lui a été faite, le caissier de la société ou le gérant a refusé de payer. Comment donc les associés pourraient-ils, sur la simple constatation du refus, être contraints à payer sans plus attendre? Le gérant, en refusant de payer, n'a-t-il pas pu être déterminé par de très-justes motifs? N'avait-il pas de sérieuses raisons pour contester la dette dont on lui avait demandé le payement?... Mais la certitude est complète lorsque, le gérant ayant été appelé en justice à la suite de son refus, il est intervenu contre lui, mandataire et représentant de la société, une décision judiciaire qui le condamne à payer. Il est acquis alors qu'il y a un engagement dont la société est tenue, une dette sociale; et si la société ne peut ou ne veut pas satisfaire à son obligation, le moment est venu pour les associés d'y satisfaire sur leur patrimoine personnel, qui est affecté par la loi à la sûreté des tiers créanciers.

1407. C'est dire que le jugement de condamnation obtenu contre le représentant légal de la société a toute force exécutoire, même contre les associés individuellement. Ce jugement, en effet, selon l'expression des auteurs, englobe tous les associés et s'exécute contre eux, le cas échéant, sans qu'il soit besoin d'aucune autre condamnation. Cela ne saurait être contesté dans le cas où le créancier aurait pris le soin de comprendre tous les associés nominativement dans l'assignation donnée à la société (*suprà,* n° 1367), puisque, alors, toutes les parties, débiteur principal et débiteurs subsidiaires, auraient été mises en cause précisément à l'effet d'obtenir un jugement commun. Mais c'est égale-

(n° 263), Foureix (n° 64), Rodière (*op. cit.*, n° 257), Bédarride (n° 165), Bourgeois (p. 222). — Voy. aussi Rej., 24 (ou 14) août 1858 (S.-V., 59, 1, 332; *J. Pal.*, 1859, p. 166; Dall., 59, 1, 179); 10 janv. 1877 (Dall., 77, 1, 347).

ment certain, même dans le cas où le créancier aurait dirigé son action seulement contre le gérant en sa qualité, c'est-à-dire contre la raison sociale. Peut-être, en ce cas, serait-on tenté de porter le débat sur le point de savoir si, en thèse, le jugement obtenu contre le débiteur principal acquiert force de chose jugée et d'exécution même contre le débiteur accessoire. Toutefois, sans nous arrêter à cette difficulté, dont l'examen serait ici hors de propos, nous nous attachons à la considération dominante tirée du mandat : c'est surtout à propos des instances relatives à la dette commune que les associés sont à considérer comme ayant donné au gérant, mandataire de la société, pouvoir de les représenter. Il est donc exact de dire, sans distinction ni réserve, que le jugement rendu contre la raison sociale englobe tous les associés (1) : il confère hypothèque sur leurs immeubles aussi bien que sur les immeubles de la société; il acquiert contre eux tous l'autorité de la chose jugée; partant, le créancier qui l'a obtenu peut le ramener à exécution contre chacun d'eux sans le secours d'une nouvelle décision qui le condamne personnellement.

1408. L'associé qui serait ainsi poursuivi faute par la société d'avoir satisfait à son obligation, et qui, de ses propres deniers, éteindrait la dette commune, aurait naturellement recours tant contre la société que contre ses coassociés. Toutefois, dans l'exercice de ce recours, il aurait encore à subir, au moins vis-à-vis de ses coassociés, les conséquences de la solidarité à laquelle il est soumis. Sans doute, vis-à-vis de la société contre laquelle il pourrait se retourner tout d'abord, il aurait une situation en tout semblable à celle de la caution qui aurait payé pour le débiteur principal; et, par conséquent, son recours, aux termes de l'art. 2028, aurait lieu pour le principal, pour les intérêts, même pour les dommages-intérêts, le cas échéant, et pour les frais par lui faits depuis la dénonciation à la société des poursuites dont il a été l'objet. Mais, vis-à-vis de ses coassociés, il n'a pas le bénéfice de la solidarité dont pouvait exciper le créancier qu'il a désintéressé; car c'est en faveur des tiers seulement, comme nous l'avons dit déjà (*suprà*, n° 426), et nous y reviendrons bientôt (*infrà*, n° 1412), que cette solidarité est édictée par la loi. Son recours contre lesdits coassociés reste dans les conditions et dans la mesure fixées par l'art. 1214 du Code civil, d'après lequel « le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que la part et portion de chacun d'eux; et si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insol-

(1) D'ailleurs, le point de savoir si telle personne dont le nom figure dans l'acte de société est réellement associée, et à ce titre solidairement engagée, est une question de fait qui échappe à la censure de la Cour de cassation. Ainsi a jugé la chambre des requêtes dans une espèce où les juges du fond, interprétant un acte de société intervenu entre *deux associés mariés* dont les femmes figuraient dans l'acte, avaient déclaré que l'intention des parties n'avait pas été de créer une société en nom collectif entre quatre personnes, et que les tiers n'avaient pu compter sur la garantie solidaire des deux femmes des associés. Req., 12 mai 1874 (S.-V., 74, 1, 427; *J. Pal.*, 1874, p. 1088).

vabilité se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement. » (1)

1409. Il serait inutile, ce semble, d'insister sur l'application des règles ordinaires de la solidarité à la matière qui nous occupe : nous en avons signalé les conséquences les plus importantes. Nous ne nous arrêterons donc pas aux autres points, par exemple l'interruption de la prescription, les effets de la reconnaissance de la dette, de la compensation, de la confusion, etc., nous bornant à dire, d'une manière générale, que, sur tout cela, il y a lieu de se référer aux règles du droit commun. Ainsi, la demande d'intérêts formée contre l'un des associés fera courir les intérêts à l'égard de tous (C. civ., art. 1207). — Ainsi encore, les poursuites dirigées contre un ou plusieurs des associés interrompront la prescription à l'égard de tous les autres (C. civ., articles 1206, 1249 et 1250) (2). Seulement, il faut supposer que la société est debout; car si elle avait pris fin par la dissolution, il y aurait à se demander si la disposition de l'art. 64 du Code de commerce ne fait pas exception, dans une certaine mesure, à celle de l'art. 1206 du Code civil. Mais nous aurons à nous expliquer sur ce point en traitant de la liquidation et du partage. — Ainsi, l'interruption de la prescription résultera également, à l'égard de tous les associés, soit de la reconnaissance de la dette par l'un d'eux, soit du fait par un associé d'avoir payé tantôt les intérêts, tantôt une partie du capital. Bien entendu, nous supposons qu'il s'agit d'une prescription non encore acquise. Il en serait autrement d'une prescription accomplie. On peut, sans doute, renoncer à une prescription acquise (C. civ., art. 2200). Mais il ne saurait appartenir à un seul des codébiteurs solidaires de faire une telle renonciation; ou tout au moins il ne la peut faire qu'en ce qui le concerne et sous la réserve du droit de tous ses coobligés.

1410. Il faut réserver aussi le cas où les associés seraient représentés par des héritiers. La solidarité, à peine est-il nécessaire de le dire, est attachée à la qualité même d'associé tant qu'elle persiste. Donc, après la mort d'un membre de la société, l'engagement social qui était à sa charge ou dont il répondait solidairement se divise, conformément aux principes généraux, entre les héritiers qui le représentent; et, à leur égard, les règles ci-dessus cessent d'être applicables. Ainsi, la dette sociale dont, en vertu de la solidarité, l'associé décédé était tenu pour le tout, passe pour le tout également à la charge de la succession; et le créancier peut en demander le payement en totalité aux héritiers acceptants, sauf leur recours contre les autres associés. Mais si la totalité de l'obligation est à la charge de la succession, chacun de ceux qui la recueillent n'est astreint au payement que pour sa part et portion (C. civ.,

(1) Jugé que la mise en faillite d'un associé en nom collectif peut être provoquée par celui des associés qui, ayant payé la totalité des dettes sociales, poursuit contre les coassociés le remboursement de leur part contributoire. Amiens, 5 févr. 1875 (S.-V., 75, 2, 57; *J. Pal.*, 1875, p. 328).

(2) M. Molinier (n° 356).

art. 873 et 1220). En sorte que si le créancier social peut agir pour le tout contre la succession qui représente l'associé décédé, il ne peut demander à chaque héritier que sa part afférente eu égard à ses droits dans la succession. Par cela même, la demande en payement formée par le créancier social contre l'un d'eux sera bien interruptive de la prescription à son égard; mais elle n'empêchera pas la prescription de courir en faveur des autres héritiers. Soit une dette sociale de 12 000 fr. dont Pierre, en sa qualité d'associé, répondait solidairement. Pierre décède, et sa succession est recueillie par trois héritiers, Primus, Secundus et Tertius, qui acceptent la succession. Le créancier social ne pourra demander que 4 000 francs à chacun d'eux, bien qu'il puisse demander les 12 000 à la succession. S'il dirige des poursuites contre Primus, son action ne sera interruptive de la prescription que pour les 4 000 francs qui le concernent; mais la prescription continuera de courir en faveur de Secundus et de Tertius pour les 8 000 francs qu'ils doivent par moitié.

VIII. — 1411. Nous terminerons par quelques observations relatives à deux points dont nous avons parlé déjà en traitant des sociétés civiles, nous réservant, d'ailleurs, d'y revenir à propos des sociétés commerciales en nom collectif. Il s'agit de savoir : 1° si la solidarité passive dont nous venons de nous occuper existe dans les rapports des associés entre eux (*suprà,* n° 426); 2° si les associés qui sont soumis à la solidarité passive, à raison des engagements sociaux, ont la garantie de la solidarité active contre les débiteurs de la société (*suprà,* n°s 668 et suiv.).

1412. Sur la première question, il faut distinguer. La solution dépend, en effet, du point de savoir s'il s'agit, entre associés, de l'exécution des engagements respectifs dont ils sont tenus en raison de leur qualité d'associés, ou de l'exécution de contrats intervenus, au cours des opérations sociales, entre la société et l'un de ses membres.

Dans le premier cas, la solidarité passive n'a pas lieu au profit des associés : c'est la règle. Nous en avons fait une application tout à l'heure (*suprà,* n° 1408), en décidant, d'accord avec la jurisprudence (1), que l'associé qui a payé de ses propres deniers les dettes de la société ne peut prétendre à une action solidaire contre les autres associés, et n'a contre chacun d'eux qu'une action en payement de leur part et portion dans la dette commune qu'il a acquittée, conformément à l'art. 1214 du Code civil. La règle doit être étendue à toutes les répétitions que les associés auraient à exercer les uns contre les autres en leur seule qualité d'associés, à moins qu'il y ait eu entre eux une stipulation de solidarité pour l'exécution de leurs engagements respectifs. La solidarité, en effet, ne se présume pas; il faut qu'elle soit expressément stipulée, quand elle n'a pas lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi (C. civ., art. 1202). Or, comme aucune loi ne l'établit entre asso-

---

(1) Rej., 8 janv. 1862, arrêt cité *suprà,* n° 426.

ciés pour l'exécution des engagements respectifs des uns envers les autres, elle ne saurait, en l'absence d'une stipulation expresse, être admise à leur profit (1).

Aussi considérons-nous comme bien rendu un arrêt de la Cour de Paris d'après lequel l'associé qui, revêtu en même temps de la qualité de banquier de la société, a fait des avances pour le compte social, ne peut exercer contre chacun de ses coassociés l'action solidaire qui appartiendrait à un tiers : obligé lui-même au payement de la dette commune qu'il a éteinte par ses avances, il ne peut réclamer contre les associés que la part et portion de chacun d'eux (2). La décision, cependant, est critiquée : l'associé, dit-on, qui est constitué banquier de la société, cesse, en cette partie, d'être un associé pour devenir un tiers (3). Mais précisément la Cour de Paris s'attache à constater, d'après les circonstances de la cause et les pièces du procès, que rien, dans l'espèce, ne permet d'admettre la distinction proposée entre les fonctions de banquier et la qualité de sociétaire; qu'aucune réserve n'avait été faite à cet égard, et qu'au contraire il avait été déclaré, par délibérations auxquelles le banquier avait concouru, que tous les fondateurs ou associés indistinctement auraient des droits égaux et supporteraient les charges par portions égales. En cet état des faits, le droit du banquier se confondait, évidemment, dans les obligations de l'associé. Et c'était bien le cas, dès lors, de dire que, nonobstant cette qualité de banquier, l'associé n'avait, à raison des avances par lui faites pour les besoins de la société, d'autre droit que celui de répéter contre chacun des autres seulement sa part afférente et contributoire. Ainsi a décidé la Cour de Paris, et il y aura lieu de décider de même en toute hypothèse où les répétitions d'un associé contre les autres aurait pour principe et pour cause la dépense qu'il aurait faite pour les besoins sociaux en sa qualité d'associé. Seulement, il faut maintenir ici l'art. 1214 dans son intégralité; et, par suite, si l'associé qui a payé le tout n'a recours contre chacun de ses coassociés que pour sa part et portion, c'est à la condition qu'ils soient tous solvables. En effet, en cas d'insolvabilité de l'un d'eux ou de plusieurs, la perte résultant des insolvabilités devrait être répartie entre les associés solvables et celui qui a fait le payement, l'égalité qui doit régner entre les associés ne permettant pas que ce dernier supporte seul cette perte (4).

1413. Mais il en est autrement dans le second cas, c'est-à-dire quand il s'agit de contrats faits, au cours des opérations sociales, entre la société et l'un des associés en son nom. Ce cas, d'ailleurs, n'a rien d'anor-

---

(1) Voy. Req., 16 (ou 15) nov. 1831, arrêt cité sous le même n° 426. — Voy. aussi MM. Molinier (n° 359), Malepeyre et Jourdain (p. 133), Delangle (n°s 263 et suiv.), Massé (n° 1960), Rodière (*op. cit.*, n° 255), Bédarride (n°s 266 et suiv.), Alauzet (n° 286), Bourgeois (p. 233).

(2) Paris, 28 févr. 1850 (S.-V., 50, 2, 649; Dall., 51, 2, 29; *J. Pal.*, 1850, t. I, p. 624).

(3) Voy. M. Massé (*loc. cit.*).

(4) Voy. Pothier (*Soc.*, n° 132), Req., 16 févr. 1874 (Dall., 74, 1, 194; S.-V., 74, 1, 301; *J. Pal.*, 1874, p. 773).

mal. Nous avons établi plus haut qu'il n'y a rien de contraire à la nature des choses et aux principes de la matière à ce que les membres qui composent la société traitent avec elle comme s'ils étaient des tiers, tout associé pouvant être considéré en son privé nom comme une personne distincte de la société (*suprà,* n° 407). Or, puisque, en ce cas, l'associé a dépouillé sa qualité, puisqu'il a réellement cessé d'être un associé pour devenir un tiers, il est naturel qu'il jouisse de tous les droits et de tous les avantages accordés aux tiers à raison des engagements sociaux pris envers eux par la société. Donc, s'il a traité en son nom, s'il a prêté de l'argent à la société, s'il lui a vendu des marchandises, il aura pour obligé direct et principal au remboursement des sommes prêtées ou du prix de vente la société elle-même, et les associés comme répondants solidaires (1).

Toutefois, on peut se demander si, lorsqu'à défaut par la caisse sociale de satisfaire à son obligation, l'associé qui a ainsi traité *nomine proprio* exerce son recours solidaire contre ses coassociés, il peut réclamer le tout contre chacun d'eux ou s'il en doit retrancher la part le concernant. A cet égard, point d'hésitation possible. Si la société est debout, et si elle a un actif excédant le montant des dettes sociales, l'associé n'aura rien à retrancher dans l'exercice de son action solidaire contre ses coassociés. Il est un tiers créancier dans le cas donné; il doit donc être traité comme tel, sans qu'il y ait à tenir compte de la circonstance que, comme associé, il est lui-même débiteur. Mais si la société ne fonctionne plus et si l'actif est insuffisant pour satisfaire aux engagements sociaux, il faudra, au contraire, faire état de cette qualité de débiteur qui se confondra avec celle de créancier sur la tête de l'associé. Or, cette confusion en sa personne profite aux associés, avec lui codébiteurs solidaires, pour la portion dont il est lui-même débiteur (C. civ., art. 1301). Donc, c'est le surplus seulement qu'il pourra répéter contre ses coassociés, et c'est seulement dans la mesure du surplus qu'il jouira contre chacun d'eux du bénéfice de la solidarité (2).

1414. Sur le second point, qui a trait, non plus aux engagements sociaux, mais aux créances de la société, nous tenons que l'obligation des débiteurs envers la société est une obligation solidaire dans le sens de l'art. 1197 du Code civil. En quoi nous adhérons à une solution de Troplong que nous avons combattue, dans une certaine mesure, au point de vue des sociétés civiles. Ceux qui se sont engagés envers la société, dit l'éminent magistrat, « sont les débiteurs de la personne civile; et quand cette personne se présente à eux par le ministère d'un organe légal, ils doivent payer, sans division, le total de la dette. Le droit de recouvrer les créances sociales appartient au gérant; et comme, à défaut de gérant, chaque associé est revêtu du droit d'administrer (art. 1859), il s'ensuit que le payement fait pour le total à l'un des as-

(1) *Comp.* Req., 28 févr. 1859 (Dall., 59, 1, 232; *J. Pal.*, 1859, p. 225; S.-V., 59, 1, 509). Voy. aussi les auteurs cités dans les notes précédentes.

(2) Voy. MM. Molinier (n° 349), Bédarride (n° 167). *Comp.* M. Rodière (*op. cit.*, n° 255).

sociés, pour le compte de la société, libère le débiteur pour le tout. » (1)
C'est exact par rapport aux sociétés commerciales en nom collectif, et cela concorde parfaitement avec la définition de l'art. 1197, d'après lequel l'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le payement du total de la créance et que le payement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers. La solidarité active existe donc au profit de la société collective, en sorte que quiconque a, comme administrateur, la disposition de la raison sociale, a droit et qualité pour demander à tout débiteur de la société le payement du montant de sa dette, et pour procurer sa libération complète au débiteur qui a payé entre ses mains sans division.

1415. Ainsi, lorsque, les associés n'ayant pas institué de gérance, chacun d'eux a le droit d'administration, le débiteur de la société peut payer la dette entière à l'un ou à l'autre, à son choix, tant qu'il n'a pas été prévenu par la poursuite de l'un des associés (C. civ., art. 1198); et, quoi qu'il arrive, le payement ainsi fait le libère complétement envers la société. — Que si la société est représentée par des gérants, le payement, pour être valable et libératoire, doit être effectué aux mains de l'un d'eux, les gérants ayant seuls le droit d'administrer les affaires de la société. Le débiteur ne se libérerait donc pas en payant entre les mains d'un associé exclu de l'administration; il aurait mal payé, et si les fonds n'avaient pas été versés dans la caisse sociale, il pourrait être recherché pour la totalité de la dette, eût-il payé pour le compte de la société. Au contraire, le payement fait à celui ou à l'un de ceux que leur titre de gérant signalait comme ayant pouvoir et qualité pour recevoir au nom de la société serait régulier et valable; et, les gérants eussent-ils malversé en dissipant les fonds au préjudice des associés entre lesquels ils devaient être partagés, le débiteur n'en serait pas moins quitte et définitivement libéré.

CHAPITRE II

DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE.

SOMMAIRE.

1416. Définition et origine de la société en commandite. — 1417. C'est la seconde des trois espèces de sociétés reconnues par la loi : texte des art. 23 et suivants qui en fixent les éléments. — 1418. Ces articles, écrits en vue principalement de la commandite simple ou par *intérêt*, sont néanmoins applicables à la commandite *par actions* (art. 38). Toutefois, le fonctionnement de celle-ci est soumis, par la loi de 1867, à une réglementation spéciale et complémentaire. Division.

I. — 1416. La commandite est, selon la définition de Pothier, « une société qu'un marchand contracte avec un particulier, pour un com-

(1) Troplong (nº 866). Voy. aussi MM. Malepeyre et Jourdain (p. 182), Delangle (nº 261), Dalloz (*Rép.*, vº Sociétés, nº 636), Bédarride (nº 168), Alauzet (nº 287), Bourgeois (p. 222).

merce qui sera fait *au nom du marchand,* et auquel l'autre contractant contribue seulement d'*une certaine somme d'argent qu'il apporte pour servir à composer le fonds de la société,* sous la convention qu'il aura une certaine part au profit, s'il y en a, et qu'il portera, dans le cas contraire, la même part dans la perte, *dont il ne pourra néanmoins être tenu* que jusqu'à concurrence du fonds qu'il apporte en la société.» (1) C'est, peut-on dire avec M. de Forcade la Roquette, « la société du moyen âge sur laquelle on a vécu pendant des siècles.» (2) En effet, au moyen âge, dans la Provence et surtout en Italie, est apparue cette combinaison, l'une de celles dont le commerce de terre et de mer emprunta le plus fréquemment le secours. Il est vrai, toutefois, que, jusqu'à la dernière moitié du dix-septième siècle, la commandite fut considérée moins comme une société spéciale que comme une branche de la société en participation, alors appelée société anonyme (3). C'est l'ordonnance du commerce de mars 1673, qui, dans le titre quatre relatif aux sociétés, a fait de la commandite une société à part, ayant son caractère propre tout comme la *société générale,* ou en nom collectif, à côté de laquelle elle est indiquée (art. 1, 7 et 8). Les éléments, néanmoins, y restent encore confus et incomplétement précisés.

1417. Les rédacteurs du Code de commerce, se plaçant en présence des pratiques du commerce, se sont attachés à dégager ces éléments d'une manière plus nette. Après avoir placé la commandite au second rang des trois espèces de sociétés reconnues par la loi (art. 19), ils l'ont définie et réglementée dans une série de dispositions (art. 23 à 29), dont voici les termes :

« Art. 23. La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds, que l'on nomme *commanditaires* ou *associés en commandite.* — Elle est régie sous un nom social qui doit être nécessairement celui d'un ou plusieurs des associés responsables et solidaires.

» Art. 24. Lorsqu'il y a plusieurs associés solidaires et en nom, soit que tous gèrent ensemble, soit qu'un ou plusieurs gèrent pour tous, la société est, à la fois, société en nom collectif à leur égard, et société en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds.

» Art. 25. Le nom d'un associé commanditaire ne peut faire partie de la raison sociale.

» Art. 26. L'associé commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société.

---

(1) Pothier (*Soc.*, n° 60). Savary dit exactement, mais avec moins de précision quant à la limitation de l'obligation du bailleur de fonds : « C'est la société qui se forme entre deux personnes dont l'une *ne fait que mettre son argent dans la société sans faire aucune fonction d'associé*, et l'autre donne quelquefois son argent, mais toujours son industrie, *pour faire sous son nom* le commerce des marchandises dont ils sont convenus ensemble. » (*Parf. nég.*, part. II, p. 2.)

(2) *Discussion de la loi de 1867* (Tripier, t. I, p. 341).

(3) M. Troplong (*Soc.*, n° 385).

» ART. 27. L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, même en vertu de procuration.

» ART. 28. En cas de contravention à la prohibition mentionnée dans l'article précédent, l'associé commanditaire est obligé, solidairement avec les associés en nom collectif, pour les dettes et engagements de la société qui dérivent des actes de gestion qu'il a faits, et il peut, suivant le nombre et la gravité de ces actes, être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement. — Les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance, n'engagent point l'associé commanditaire. » (1)

1418. Ces règles, édictées plus particulièrement en vue de la commandite simple ou *par intérêt,* sont néanmoins applicables même à la commandite *par actions* (2). Il y a entre les deux combinaisons cette différence que la première, dans laquelle le capital commanditaire est fourni par un ou plusieurs capitalistes en considération de la personne du commandité, constitue, dans les rapports des asociés entre eux sans excepter les commanditaires, une société de personnes comme la société en nom collectif, tandis que la seconde, qui fait appel au crédit public pour la formation du capital commanditaire, donne naissance à une véritable société de capitaux, au moins quant aux actionnaires ou commanditaires. Mais, au fond et au point de vue des éléments dont la commandite est formée, il n'y a pas de différence entre les deux combinaisons. Les rédacteurs du Code de commerce ont pris le soin de le dire en autorisant la division du capital commanditaire en actions. « Le capital des sociétés en commandite, porte l'art. 38, pourra être aussi divisé en actions, *sans aucune autre dérogation aux règles établies pour ce genre de société.* » Seulement, on sait comment et par suite de quels abus le législateur a été amené, en 1856 d'abord, et puis en 1867, à soumettre cette combinaison, que le Code de commerce avait simplement autorisée, à une réglementation spéciale et complémentaire (*suprà,* n[os] 851 et suiv.). Or, cette réglementation, qui a eu pour objet d'abord la formation même de la sociéte dont elle a fixé les conditions constitutives, comme on l'a vu au titre précédent, a porté, en outre, sur le fonctionnement et l'organisation de la société. Nous aurons à l'étudier en ce dernier point dans le présent chapitre, où, après quelques notions préliminaires touchant la nature et les caractères généraux de la société en commandite, nous exposerons successivement : 1° les règles communes à toute société en commandite, quelle qu'en soit la forme ; 2° les règles spéciales au fonctionnement des commandites par actions.

---

(1) Nous reproduisons, quant aux deux derniers articles, le texte de la loi du 6 mai 1863, modificative des art. 27 et 28 du Code de commerce de 1807.

(2) Nous avons dit, dans notre commentaire de l'art. 1861 du Code civil, ce qui caractérise l'*action* et la distingue de l'*intérêt*, expressions qui, l'une et l'autre, désignent la part de chaque associé dans la société. (Voy. *suprà,* n[os] 599 et suiv.)

SECTION PREMIÈRE

CARACTÈRES GÉNÉRAUX ET NATURE DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE.

SOMMAIRE.

I. 1419. La commandite, quelle qu'en soit la forme, a ce double caractère qu'elle est composée de deux sortes d'associés, et qu'elle a une raison sociale. — 1420. Elle doit être stipulée. — 1421. Néanmoins, la loi ne prescrit pas une formule sacramentelle.

II. 1422. Elle limite la responsabilité des commanditaires; mais les commanditaires n'en sont pas moins des associés. — 1423. Le fait de s'engager comme commanditaire ne suffit pas pour attribuer à l'associé la qualité de commerçant. — 1424. Mais ce fait doit-il être considéré comme constituant un acte de commerce?

III. 1425, 1426. De la raison sociale; de sa composition. Renvoi.

I. — 1419. La société en commandite, en quelque forme qu'elle soit établie, par intérêt ou par actions, a deux traits saillants. D'une part, elle a une raison sociale comme la société en nom collectif. D'une autre part, à la différence de cette dernière société, dans laquelle tous les associés sont tenus personnellement et solidairement (art. 22), elle comprend deux sortes d'associés : les uns qui, tenus personnellement et indéfiniment des engagements sociaux, sont les commandités ou associés responsables; les autres, qui ne sont ni responsables ni solidaires et qui, tenus de ces engagements à raison de l'apport qu'ils ont fait ou promis de faire à la société et seulement jusqu'à concurrence de cet apport, sont les associés commanditaires ou les actionnaires. L'élément personnel et l'élément réel se trouvent ainsi réunis; et, par cette combinaison des deux éléments, la société en commandite participe à la fois de la société en nom collectif, dont le signe caractéristique et essentiel est, comme nous venons de le voir, la responsabilité personnelle et solidaire des associés, et de la société anonyme, dans laquelle, comme nous le verrons au chapitre suivant, la mise seule, et non la personne des associés, est engagée.

1420. Mais par cela même que la situation des associés n'est pas égale dans la commandite, et que la responsabilité personnelle incombe à quelques-uns seulement, et non à tous, la convention ne saurait être considérée comme existant de plein droit. Lorsque plusieurs personnes se réunissent pour faire le commerce, sans s'expliquer autrement, la présomption est, nous avons eu déjà l'occasion de le dire, que leur société, nécessairement commerciale par son objet, est en nom collectif (*suprà,* n° 1378). Dans la société collective, en effet, est le type de l'association commerciale. Les parties qui entendent se placer dans la situation différente et exceptionnelle que crée la commandite prétendraient vainement aux avantages qui en résultent si elles avaient négligé de se les réserver par une manifestation précise et formelle de la volonté de contracter une société de cette nature (1).

(1) Le décret du 2 prairial an 11, contenant règlement sur les armements en course, avait fait une exception. « Les sociétés pour la course, s'il n'y a pas de convention

1421. Cependant, il n'est pas nécessaire, la loi ne prescrivant pas de formule sacramentelle, qu'il soit déclaré en termes exprès, dans les statuts ou dans l'acte constitutif, qu'une *société en commandite* est formée entre les parties. Que l'acte soit ou ne soit pas qualifié, il suffit; mais il est nécessaire, pour que l'association soit déclarée en commandite, que de ses stipulations résulte la présence des deux éléments, réel et personnel, dont la combinaison est constitutive. — Ainsi, l'acte social ne contient-il aucune qualification, la société pourra être présumée en nom collectif; mais ce ne sera qu'une présomption, et elle cédera devant la réalité du fait s'il apparaît des termes de l'acte que l'association est formée entre personnes dont une ou plusieurs sont indéfiniment responsables, tandis que d'autres ne sont obligées qu'à raison et jusqu'à concurrence de leur mise. Quoique non qualifiée par la convention, la société, alors, sera en commandite. — Au contraire, l'acte social exprime-t-il que la société est en commandite, la société sera présumée telle, alors même qu'il ne serait pas formellement précisé que le bailleur de fonds ne pourra rien perdre au delà de sa mise; car, dit exactement Merlin, en contractant une société qualifiée commanditaire, on est censé la contracter telle qu'elle doit être d'après l'essence de cette société; la condition que le bailleur des fonds ne pourra rien perdre au delà de sa mise étant de l'essence de la société en commandite, établir une société en commandite et stipuler expressément cette condition, c'est absolument la même chose : l'un emporte l'autre (1). Toutefois, il n'y aurait là encore qu'une présomption simple; et si les stipulations de l'acte étaient contraires, par exemple si un droit de gestion était attribué ou réservé à l'associé qui apporte ou promet seulement son argent à la société (2), la présomption fléchira, et, sans tenir compte des qualifications du pacte social, on devra rendre son véritable caractère à un acte que les parties auraient faussement ou inexactement qualifié (3).

C'est, en définitive, l'application d'une règle commune en matière d'interprétation de contrats, à savoir : que, pour reconnaître le caractère propre d'une convention et en déterminer les effets légaux, il faut

---

contraire, portait l'art. 1er, *seront réputées en commandite,* soit que les intéressés se soient associés par des quotités fixes ou par actions. »

(1) Merlin (*Rép.*, v° Société, sect. 2, § 3, art. 2, n° III). Jugé qu'une société qualifiée en commandite ne revêt pas le caractère de société en nom collectif de telle sorte que les associés soient solidaires envers les tiers à raison de la gestion du gérant, par cela seul que les statuts sociaux interdisent à ce dernier certains actes sans l'avis préalable du conseil de surveillance ou l'autorisation spéciale de l'assemblée générale. Lyon, 15 avr. 1859 (S.-V., 59, 2, 435; *J. Pal.*, 1859, p. 259).

(2) Cass., 28 mai 1806; Paris, 16 mai 1808 (S.-V., Coll. nouv., t. II, part. 1, p. 249, et part. 2, p. 389).

(3) Il a été jugé qu'un acte, bien que qualifié de société en commandite, doit être réputé ne pas constituer une société lorsque les prétendus commanditaires, au lieu de verser une mise sociale, s'engagent seulement, comme cautions, à supporter les pertes de la société jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Req., 6 août 1853 (S.-V., 53, 1, 618; Dall., 53, 1, 194; *J. Pal.*, 1854, t. II, p. 588). *Comp.* rej., 20 avr. 1842 (S.-V., 42, 1, 728; Dall., 42, 1, 226; *J. Pal.*, 1842, t. I, p. 679); Grenoble, 29 janv. 1870, et, sur pourvoi, Req., 8 janv. 1872 (Dall., 72, 1, 194; *J. Pal.*, 1872, p. 56; S.-V., 72, 1, 36); Rouen, 9 juin 1875 (S.-V., 77, 2, 46; *J. Pal.*, 1877, p. 230).

s'attacher moins à la forme extérieure de l'acte qui la constate ou à la dénomination sous laquelle elle est présentée qu'au fond même des choses et aux dispositions arrêtées entre les parties. Comme toute convention en général, le contrat de société est soumis à cette règle. La question rentrerait ainsi dans le droit d'examen et d'appréciation des juges du fond. Leur décision ne tomberait sous le contrôle de la Cour de cassation que s'ils méconnaissaient les effets légaux de l'association contractée, par exemple en déclarant personnellement et indéfiniment responsables les bailleurs de fonds d'une société qui, d'après les clauses de l'acte constitutif, ne pourrait être considérée que comme constituant une commandite (1).

II. — 1422. Ceci dit, nous revenons aux traits saillants de cette espèce de société. L'un des deux, nous l'avons vu, est dans la combinaison de l'élément personnel et de l'élément réel. Il y a, d'un côté, des associés obligés personnellement et indéfiniment à tous les engagements de la société : ce sont les commandités. D'un autre côté, il y a des bailleurs de fonds obligés aussi à ces engagements, mais seulement dans la mesure ou jusqu'à concurrence de leur mise : ce sont les commanditaires. Cependant, il ne faut pas s'y méprendre : quoique simples bailleurs de fonds, les commanditaires sont parties contractantes dans la société; ils sont des associés, tenus d'une autre manière sans doute que les commandités, mais néanmoins de véritables associés. Leur situation a plus d'un rapport, il est vrai, avec celle du prêteur dans le prêt de consommation. Elle en diffère, pourtant, d'une manière notable. Le commanditaire qui verse sa mise à la société et le prêteur qui livre son argent à l'emprunteur ont cela de commun que, pour l'un comme pour l'autre, le fait implique translation de la propriété des sommes sorties de leurs mains : la société devient propriétaire de la mise dont il lui est fait versement, de même que, par l'effet du prêt, l'emprunteur devient propriétaire de la somme empruntée (C. civ., art. 1893). Mais les effets légaux et les droits résultant soit de l'une, soit de l'autre convention, sont absolument dissemblables. Le prêteur, en aliénant la somme par lui prêtée, en laisse l'emploi et la libre disposition à l'emprunteur, dont il ne lui appartient pas de surveiller les agissements ou les actes; il acquiert seulement un droit de créance en vertu duquel, sauf le cas d'insolvabilité, il recouvrera, au terme convenu, une somme égale, sans plus ni moins, à celle dont il s'est dessaisi; jusque-là, il aura droit à des intérêts, s'il en a été stipulé; mais il ne les pourra recevoir que dans la mesure fixée par la loi du 3 septembre 1807 sur le taux de l'intérêt de l'argent. Bien différente est la situation du commanditaire. Il subit, quant à lui, les chances mauvaises de la société comme il profite des bonnes. Il peut donc, à la dissolution de la société, ne rien retirer de sa mise si les affaires sociales ont mal tourné, car cette mise était le gage des créanciers de la société à laquelle il en avait transmis la propriété; mais il peut aussi, si les

(1) Voy. MM. Delangle (nº 274), Lombard (p. 58 et 59). Comp. *suprà*, nº 1387.

affaires ont prospéré, retrouver cette mise et la reprendre intacte ou même augmentée, car, à ce moment, devenu copropriétaire du fonds social, il est admis au partage des biens dont le fonds se compose. En outre, et au cours des opérations sociales, il a droit à sa part des bénéfices, et, fût-elle d'une somme supérieure à celle que représenterait l'intérêt calculé au taux légal de la somme qu'il a versée, cette part ne lui serait pas moins acquise en totalité. Enfin, s'il doit rester étranger à l'administration et à la gestion de la société, il a du moins le pouvoir de surveiller et de contrôler. Or, celui qui par le fait du versement d'une commandite prend une telle position et acquiert de tels droits est autre chose qu'un simple bailleur de fonds : il est un associé véritable. Nous verrons ultérieurement se déduire les conséquences de cette situation.

1423. Toutefois, de ce que le commanditaire devient ainsi associé dans une société commerciale il ne faudrait pas conclure qu'il prend la qualité de commerçant. Ceux-là seuls sont commerçants, d'après la définition du Code de commerce (art. 1er), qui « exercent des actes de commerce *et en font leur profession habituelle.* » Ainsi, un acte isolé, ou même des actes multipliés et habituels de commerce, ne suffiraient pas à attribuer la qualité de commerçant si, de la part de celui qui s'y livrerait, l'habitude de ces actes ne pouvait pas être considérée comme constituant une profession (1). Par exemple, c'est faire acte de commerce que souscrire ou endosser une lettre de change. « Cependant, dit Pardessus, un homme qui aurait la fantaisie de ne faire ses affaires que par ce genre de négociations; qui, pour ses emprunts, pour faire venir ses revenus de la province, pour acquitter le prix d'achat d'objets relatifs à son usage personnel, tirerait ou endosserait journellement des lettres de change, ne devrait pas être réputé commerçant. » (2) Sauf le cas de l'immixtion qui en réalité fait un associé en nom du prétendu commanditaire, il en doit être de même du non-commerçant qui, mû par la pensée de placer ses capitaux, jugerait à propos d'entrer, comme associé bailleur de fonds, dans une société et même dans plusieurs sociétés en commandite.

1424. D'autant plus qu'on n'est même pas d'accord sur le point de savoir si, de la part d'un non-commerçant, la mise de fonds ou la souscription d'actions dans une société commerciale en commandite constitue réellement un engagement commercial, *un acte de commerce*. La question, fort controversée d'abord, a perdu son principal intérêt depuis que la loi du 22 juillet 1867, abolitive de la contrainte par corps, a par là même supprimé ce qui, avant elle et d'après la loi du 17 avril 1832, était la sanction de tout engagement commercial. Elle n'a plus d'intérêt aujourd'hui qu'au point de vue de la compétence. En effet, la souscription d'actions ou l'engagement de verser des fonds dans une société commerciale en commandite, s'il constitue un acte de commerce, soumet le souscripteur à la juridiction commerciale en ce qui

---

(1) Voy. MM. Alauzet (t. I, n° 14), Rivière (*Rép. écrit.*, p. 26).
(2) Pardessus (n° 79).

touche à la réalisation de cet engagement, comme il le soumettait à la contrainte par corps avant la loi du 22 juillet 1867; au contraire, si ce n'est pas là un acte de commerce, le souscripteur non commerçant reste justiciable des tribunaux civils. La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées à cet égard, et la solution qui domine aujourd'hui n'est plus celle qui d'abord avait paru prévaloir. Dans un premier arrêt, sur lequel nous aurons à revenir à propos d'une autre question (1), la Cour de cassation avait incliné vers le système qui, dans le fait indiqué, voit un acte de commerce. Toutefois, elle se déterminait par cette circonstance particulière que, dans l'espèce, les fonds étaient « versés, à titre de commandite, *dans une maison de banque*, en vue de prendre part aux bénéfices résultant du mouvement de ces fonds réunis et confondus avec d'autres », ajoutant que l'art. 632, § 2, du Code de commerce, « range formellement une telle opération dans la classe des actes de commerce. » Mais, plus tard, la Cour, accentuant ses tendances et statuant d'une manière générale, sans se rattacher à aucune circonstance particulière, a déclaré que « tous ceux qui, pour participer, dans la proportion de leur intérêt, aux chances de bénéfice d'une société commerciale, prennent l'engagement d'y verser, soit à titre de commanditaires, soit comme souscripteurs d'actions, des fonds destinés à servir de garantie à ses opérations, et qui, par là, concourent à la fondation du crédit de la société et à la création de la société elle-même, dans l'un de ses éléments essentiels, contractent, pour la réalisation de leur mise de fonds, une obligation commerciale, laquelle, en cas d'inexécution, les soumet (à la juridiction du Tribunal de commerce) et (avant la loi du 22 juillet 1867) à la contrainte par corps. » (2) C'est la solution qui semble prévaloir aujourd'hui en doctrine et en jurisprudence.

A notre avis, la solution contraire serait préférable; nous l'avons dit ailleurs (3), et nous persistons à le penser. Les rédacteurs du Code de commerce ont pris le soin de désigner, dans les art. 632 et 633, les faits qui peuvent ou doivent être réputés actes de commerce. Or, non-seulement ni l'un ni l'autre de ces articles n'a mis au nombre des actes à considérer comme ayant ce caractère le fait de verser des fonds ou de souscrire des actions dans une société commerciale en commandite, mais encore il serait impossible de rattacher ce fait à aucun des actes désignés dans lesdits articles. La Cour de Dijon, qui, avant l'arrêt précité de la Cour de cassation, avait pris parti sur la question, et qui,

(1) Rej., 28 févr. 1844 (S.-V., 44, 1, 692; Dall., 44, 1, 145; *J. Pal.*, à sa date).

(2) Ce sont les termes de l'arrêt de rejet du 13 août 1856 (S.-V., 56, 1, 769; *J. Pal.*, 1857, p. 55; Dall., 56, 1, 343). *Junge :* Req., 3 mars 1863 (S.-V., 63, 1, 137; *J. Pal.*, 1863, p. 644); Rej., 15 juill. 1863 (S.-V., 63, 1, 485; *J. Pal.*, 1864, p. 91; Dall., 63, 1, 347); Grenoble, 25 févr. 1857 (S.-V., 58, 2, 693; *J. Pal.*, 1858, p. 658; Dall., 59, 2, 15); Lyon, 21 juill. 1858 (S.-V., 60, 2, 247; *J. Pal.*, 1860, p. 65; Dall., 59, 2, 29); Rouen, 25 juin 1859 (S.-V., 60, 2, 247; *J. Pal.*, 1860, p. 917); Paris, 10 janv. 1861 (S.-V., 61, 2, 188; *J. Pal.*, 1861, p. 577); Bourges, 26 déc. 1870 (Dall., 72, 2, 222; *J. Pal.*, 1870, p. 1176; S.-V., 70, 2, 318). Voy. aussi MM. Vincens (t. III, p. 322, n° 7), Malepeyre et Jourdain (p. 138), Molinier (n° 491 et 566), Bédarride (n° 241), Vavasseur (n° 321), Coin-Delisle (*Rev. crit.*, t. X, p. 289), Demangeat, sur Bravard (p. 246), Lombard (p. 64), Sourdat (p. 164), Dolez (p. 108).

(3) *Rev. de législ.* (t. XX, p. 364 et 365).

après cet arrêt, a maintenu sa doctrine, a dit justement « que le fait de fournir des fonds à une société commerciale ne saurait être un acte de commerce lorsqu'on perd la disposition de ces fonds et qu'ils sont employés dans le commerce par une autre personne qui en use comme de sa chose propre et à titre de maître dans les limites du contrat, et que telle est précisément la situation du commanditaire apportant son argent à une personne qui fait le commerce, mais qui ne peut le faire lui-même sans perdre sa qualité de commanditaire. » Répondant à l'objection tirée de la participation du commanditaire aux chances de la société, la Cour ajoute « que la participation aux résultats du commerce, aux chances de perte ou de gain dans la mesure de la commandite fournie, n'est pas la participation à l'action commerciale qui est interdite au commanditaire, que le commerce se fait à son avantage ou à sa perte, mais sans lui et par un autre qui est seul commerçant. » La Cour tire de là cette conséquence que l'engagement des commanditaires à l'égard des associés responsables est « un engagement civil contracté dans l'intérêt d'une société commerciale. » Cette solution, que bien des arrêts ont consacrée, est énergiquement soutenue par nombre d'auteurs (1), et nous croyons devoir nous y rattacher comme à celle qui rentre le mieux dans la lettre et dans l'esprit de la loi.

Du reste, cette question ne doit pas être confondue avec celle de savoir quel est le caractère de l'obligation pour les actionnaires ou les commanditaires de restituer les dividendes indûment perçus. Cette question se distingue de la précédente, bien qu'elles aient été souvent confondues; et nous verrons plus tard que la Cour de cassation elle-même, qui attribue le caractère commercial à l'engagement de verser des fonds dans une société commerciale en commandite, reconnaît que l'obligation de restituer les dividendes perçus sur le capital est purement civile.

III. — 1425. La société en commandite est régie et agit sous une raison sociale : c'est là l'autre trait saillant de la convention. En cela, les rédacteurs du Code de commerce ont sanctionné, non sans quelque opposition, des usages commerciaux dont les auteurs de l'ordonnance de 1673 n'avaient pas fait état. D'après cette ordonnance, en effet, la société en commandite n'avait pas de raison sociale. Et, sous son empire, on tenait, comme l'indique Merlin dans les conclusions par lui prononcées en 1808 devant les sections réunies de la Cour de cassation, « qu'il ne peut pas y avoir une société de cette espèce entre deux personnes dont l'une est autorisée à signer *un tel et compagnie*, et que, par cela seul que l'une de ces personnes est autorisée à signer *un tel et com-*

---

(1) Voy., outre les arrêts de la Cour de Dijon des 20 mars 1851 et 4 août 1857 (S.-V., 51, 2, 764, et 58, 2, 195) : Rouen, 6 août 1841 (S.-V., 41, 2, 636); Douai, 26 janv. 1843 (S.-V., 43, 2, 181); Lyon, 7 févr. 1850 (S.-V., 50, 2, 369); Paris, 28 févr. 1842 et 22 déc. 1846 (S.-V., 49, 2, 219). Voy. aussi MM. Pardessus (nº 1510), Delangle (nºs 509 et suiv.), Alauzet (nº 303), Nouguier (*Trib. de comm.*, t. I, p. 374), Foureix (nº 116), Goujet et Merger (vº Acte de comm., nº 84), Ballot (*Rev. de droit franç.*, t. IV, p. 425), Devilleneuve (S.-V., 56, 1, 769, aux notes), de Vatimesnil (Cons. S.-V., 44, 1, 698 et suiv.).

pagnie, la société devient collective, ou, ce qui est la même chose, générale et ordinaire.» (1) Les définitions ci-dessus rappelées de Savary et de Pothier (*suprà,* n° 1416 et la note) viennent à l'appui de ce sentiment. L'un et l'autre, ils présentent la commandite comme la société dans laquelle l'associé commandité, ou l'associé gérant, doit tout faire *sous son nom.* Or, cela paraît exclusif de l'emploi d'une raison sociale.

Il est certain, pourtant, que les usages commerciaux étaient contraires. Merlin lui-même constate que, dans les très-anciennes pratiques du commerce, les mots *et compagnie* s'appliquaient aussi bien à une société commanditaire qu'à une société générale, et que, dans des ouvrages spéciaux imprimés en 1762, on trouvait la formule d'anciens contrats de société en commandite où il était dit que le commerce se ferait *sous la raison sociale tel et compagnie.* « Dans la discussion du Code de commerce au conseil d'État, continue Merlin, on a cherché à faire cesser cet usage. Mais il était trop bien établi, et il a triomphé des attaques qui lui ont été portées.» Et ces attaques, c'est Merlin lui-même qui les portait. « Il ne convient pas, disait-il, qu'il puisse y avoir commandite entre deux personnes seulement dont l'une gère sous un nom social. Car ce nom annonce au public une société collective; et par cela seul qu'un négociant signe *un tel et compagnie,* il manifeste au public qu'il a au moins un associé non commanditaire. On sait bien que, dans quelques places de commerce, on s'est habitué à l'emploi du nom social, alors même qu'il n'existe qu'une société en commandite entre deux personnes; mais cet usage est une source de surprises que l'on ne peut prévenir qu'en le proscrivant; car on ne le préviendrait pas en ordonnant que la société en commandite sera enregistrée. Elle ne doit pas l'être, et l'ordonnance de 1673 ne l'exigeait pas, parce qu'il faut laisser au commanditaire la facilité de demeurer ignoré...» (2) Toutefois, l'objection fut combattue par d'autres membres du conseil d'État, qui firent appel aux usages. « On demande, dit M. Cretet, comment signera le marchand qui n'aurait pour associé qu'un seul commanditaire; il signera *tel et compagnie,* et le public entendra fort bien *une formule à laquelle il est accoutumé et dont le sens est fixé par l'usage.*» Et M. Bégouen ajoutait : « Le public ne peut être trompé par l'usage qu'on fait d'un nom social. Celui qui forme l'entreprise est toujours obligé de faire enregistrer la société. Si les associés sont solidaires, il le déclare; *s'il a un ou plusieurs associés commanditaires, il ne les nomme pas; mais il déclare quelle est leur mise;* et cette déclaration est la seule chose qui importe au public et forme sa garantie.» (3) Ces observations ont prévalu. De là, l'art. 23, qui, acceptant l'usage depuis longtemps pratiqué et le sanctionnant, déclare que la société en commandite « est régie sous un nom social.»

1426. Ainsi, de même que la société en nom collectif, la société en commandite fait le commerce sous une raison sociale. Mais le nom qui

---

(1) Rej., 2 févr. 1808 (Merlin, *Rép.*, loc. cit. suprà).
(2) Voy. M. Locré (*Esprit du Code de comm.*, t. II, p. 122).
(3) Voy. M. Locré (*loc. cit.*).

constituera cette raison sociale devra nécessairement être celui d'un ou plusieurs des associés responsables et solidaires (art. 23). Donc, s'il n'y avait qu'un seul associé responsable, c'est le nom de cet associé qui nécessairement deviendrait la raison sociale. Et, dans ce cas, l'addition obligée des mots *et compagnie* ne nuirait en aucune façon aux associés commanditaires, dont la position n'en resterait pas moins celle d'associés simples bailleurs de fonds (1). Mais ils compromettraient cette situation et engageraient leur responsabilité personnelle s'ils laissaient leur nom entrer dans la raison sociale dont il ne doit et ne peut jamais faire partie (art. 25). Ils prendraient alors la position d'associés en nom et, par suite, ils devraient être traités comme tels.

Nous n'avons pas à insister davantage sur ce second trait de la société en commandite. Nous avons traité au titre précédent de la raison sociale considérée comme élément de la société de personnes (*suprà*, nos 832 à 850); et, dans le présent titre, nous avons dit, à propos de la société collective, ce qu'il peut y avoir d'essentiel dans l'accomplissement de la condition constitutive de cet élément (*suprà*, nos 1338 à 1342). Les observations présentées à cet égard trouvant ici leur application, nous y renvoyons le lecteur, et, sans y insister autrement, nous passons à l'exposé des règles générales en ce qui concerne le fonctionnement de toute société en commandite, quel que soit le mode suivant lequel aurait été formé le capital commanditaire.

SECTION DEUXIÈME

RÈGLES COMMUNES A TOUTE SOCIÉTÉ EN COMMANDITE EN CE QUI CONCERNE SON ORGANISATION ET SON FONCTIONNEMENT.

SOMMAIRE.

I. 1427. Les règles dont il s'agit ici ont trait aux deux éléments dont la combinaison est constitutive pour la société en commandite. — 1428. Aperçu général et division.

I. — 1427. Dans toute société en commandite, nous venons de le dire, se trouvent réunis l'élément personnel et l'élément réel. Il y a nécessairement un ou plusieurs associés qui, vis-à-vis des tiers, répondent personnellement de tous les engagements sociaux; il y a aussi un ou plusieurs associés qui mettent dans la société ou promettent d'y mettre telle somme ou telle valeur, et qui ne sont responsables que dans la mesure et jusqu'à concurrence de l'apport effectué ou promis. Les droits et les devoirs qui incombent respectivement aux associés soit de l'une, soit de l'autre classe, sont l'objet des règles dont nous avons à nous occuper ici.

1428. Ces règles, du reste, si dans le détail elles comportent un certain développement, se réduisent, en thèse générale, à des termes fort simples.

Aux associés de la première classe, c'est-à-dire aux associés com-

(1) Voy. cependant M. Vincens (*Lég. comm.*, p. 317).

mandités ou associés responsables, il appartient de gérer la société et de l'administrer; c'est leur droit. Ils peuvent l'exercer ensemble ou le déléguer à l'un d'eux à l'exclusion des autres. Mais, dans tous les cas, ils ont les mêmes droits et les mêmes devoirs que les associés dans une société collective; car pour eux et à leur égard la société est en nom collectif (C. comm., art. 24).

Quant aux associés de la seconde classe, les commanditaires ou actionnaires, l'administration de la société leur est interdite; ils y doivent rester absolument étrangers (C. comm., art. 27), sous peine de perdre, dans la mesure déterminée par la loi (art. 28), la situation qui leur est faite au point de vue de la responsabilité. Ils sont *associés* sans doute, nous l'avons dit, et, comme tels, ils ont des devoirs à remplir, des droits à exercer : ils doivent verser à la société les sommes ou les valeurs promises, lesquelles concourent à la formation du capital social, gage ou garantie des tiers; par contre, ils ont droit à prendre part aux bénéfices de la société, et, après la liquidation définitive, au partage du fonds social. Mais en ce qui concerne la gestion des affaires sociales, ils sont sans action; tout se borne pour eux à un droit de contrôle ou de surveillance qu'ils exercent par eux-mêmes ou par des mandataires auxquels le rôle de surveillant est confié.

Telles sont, par aperçu général, les règles relatives à l'organisation, au fonctionnement de toute société en commandite. En les reprenant en détail, nous nous attacherons à préciser, dans deux paragraphes distincts, d'abord le rôle des commandités ou associés en nom, c'est-à-dire ce qui constitue la gestion même de la société et son administration, ensuite les droits et les devoirs des bailleurs de fonds ou associés commanditaires.

§ Ier. — GESTION DE LA COMMANDITE.

SOMMAIRE.

I. 1429. Comme toute société commerciale, la société en commandite, être moral, ne peut agir que par des intermédiaires qui l'administrent ou la gèrent. — 1430. Dans les sociétés en commandite, la gestion appartient de droit aux associés en nom ou commandités, à l'exclusion des commanditaires. — 1431. Mais elle peut être remise à l'un d'eux ou à plusieurs, ou même à un étranger. — 1432. La désignation du gérant peut être faite soit par l'acte même de formation de la société, soit par un acte postérieur, — 1433. Sauf nécessité, en ce dernier cas, de donner à la nomination du gérant la publicité par les voies légales.

II. 1434. Par rapport aux associés, le gérant nommé est à considérer comme un mandataire. — 1435. Par suite, en cas de détournement frauduleux des valeurs sociales, il serait passible des peines édictées par l'art. 408 du Code pénal. — 1436. Néanmoins, il n'est pas révocable *ad nutum*, si ce n'est dans le cas où il aurait été nommé par acte postérieur à la formation de la société. Nommé par les statuts, il ne peut être révoqué que pour cause légitime, et la révocation, en ce cas, doit être prononcée en justice. — 1437. Toutefois, serait valable et licite la clause des statuts qui réserverait aux associés le droit de révoquer le gérant statutaire et de le remplacer. — 1438. La révocation, d'ailleurs, pourrait être demandée même par les associés commanditaires. — 1439. Entraînerait-elle dissolution de la société? Renvoi.

III. 1440. Vis-à-vis des tiers, le gérant personnifie la société en commandite; conséquences et applications. — 1441. Il ne la représente cependant qu'en tant qu'il agit sous la raison sociale; renvoi; — 1442. Et dans la limite de ses pouvoirs,

qui, s'ils ne sont pas limités par les statuts, sont, en général, les mêmes que ceux des gérants dans les sociétés collectives. Ainsi, ils sont limités aux actes d'administration. — 1443. Par suite, le gérant ne pourrait pas affranchir un associé commanditaire de l'obligation de verser sa mise ou lui restituer les sommes qu'il aurait versées. — 1444. Pourrait-il racheter les actions de la société? — 1445. Au surplus, dans le silence du pacte social, la mesure ou l'étendue des pouvoirs du gérant seront presque toujours ramenés à une question de fait dont la solution pourra varier au gré des circonstances. Applications : emprunts, constitution d'hypothèque, transaction, compromis, remises de dettes, etc.

I. — 1429. Un principe commun à toutes les sociétés, et que nous avons déjà rappelé en traitant des sociétés en nom collectif, c'est qu'étant des personnes juridiques, des êtres moraux, des abstractions, en un mot, elles ne peuvent agir ni fonctionner par elles-mêmes. Entre la société et les tiers, avec qui des rapports vont s'établir, il y a donc des intermédiaires nécessaires qui agissent pour elle, et qui, sous certaines conditions, la représentent : ce sont les administrateurs ou les gérants. Nous avons vu, dans le chapitre précédent, comment l'administration ou la gérance est constituée pour les sociétes en nom collectif, et quels sont, après la constitution, les pouvoirs des administrateurs ou des gérants désignés (*suprà,* n[os] 1343 et suiv.). Les règles exposées sur ce point sont, en très-grande partie, comme nous l'allons voir, applicables aux sociétés en commandite dont il s'agit maintenant.

1430. Dans les sociétés en commandite, la gestion appartient de droit et en principe aux associés en nom, aux commandités. Les commanditaires ne peuvent, sans compromettre leur situation, faire aucun acte de gestion, même en vertu de procuration (C. comm., art. 27) : c'est un point sur lequel nous aurons à insister au paragraphe suivant. Seuls, les associés en nom, comme étant personnellement et solidairement responsables, ont le droit de gérer et d'engager la société. S'il n'y en a qu'un, c'est à lui que revient nécessairement la gestion ou la direction des affaires sociales. S'il y en a plusieurs, la gestion appartient à eux tous, et, sauf convention contraire, ils l'exercent en commun. La société alors est, à leur égard, société en nom collectif (C. comm., art. 24), d'où suit que, comme pour les sociétés collectives (*suprà,* n° 1344), il est vrai de dire qu'à défaut de stipulations spéciales, les associés en nom, constituant tacitement une administration collective, sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre (C. civ., art. 1859).

1431. Mais, en fait, ce droit de gérer, qui, en principe, appartient à tous les associés en nom, est habituellement remis à plusieurs d'entre eux, ou même, le plus souvent, à un seul, l'action s'accommodant mieux de n'être pas divisée. Rien ne s'oppose, en effet, à ce que, renonçant au droit qu'ils ont de gérer ensemble, les associés solidaires conviennent entre eux qu'un seul ou plusieurs géreront pour tous. C'est une convention que la loi elle-même suppose (art. 24), loin de la prohiber.

Il y a plus : le gérant, pensons-nous, pourrait être pris par les associés en dehors de la société. Aucun texte, en effet, n'a reproduit, par

rapport aux sociétés en commandite, la disposition de l'art. 22 de la loi du 24 juillet 1867, qui, pour les sociétés anonymes, exige que les administrateurs *soient pris parmi les associés*. Toutefois, l'opinion contraire a été émise. Il résulterait, a-t-on dit, de *la disposition formelle* de l'art. 23 du Code de commerce, que le gérant *ne peut être qu'un associé*. Pris en dehors de la société, il ne pourrait avoir d'autre qualité *que celle de préposé des commanditaires*, en sorte que la société manquerait de l'un de ses éléments essentiels, l'élément personnel. En outre, elle ne pourrait avoir de raison sociale, puisque, d'après les art. 23 et 25 combinés, la raison sociale ne peut comprendre le nom d'une personne étrangère à la société, ni celui d'un commanditaire (1). Mais tout cela procède d'inductions qui ne sont rien moins que fondées. D'abord, l'art. 23 ne s'occupe en aucune façon de la gérance; il définit simplement la société en commandite, de même que l'art. 20 a défini la société en nom collectif, et, comme ce dernier article, bien loin de le dire expressément, il n'implique même pas l'idée que le gérant de la société ne pourra être qu'un associé (*suprà*, nos 1350 et 1351). Ensuite, comment et en quoi le choix d'un étranger auquel les associés en nom confieraient la gérance enlèverait-il à la société *l'élément* personnel nécessaire à sa constitution? En renonçant au droit de gérer eux-mêmes, ces associés n'en resteraient pas moins associés en nom, et, à ce titre, tenus personnellement et solidairement des engagements de la société; ils auraient simplement un mandataire substitué dont ils répondraient envers la société. Enfin, quant à la dernière induction, outre que la raison sociale n'est pas de l'essence de la société en commandite, pas plus que de la société en nom collectif (*suprà*, nos 1339 et suiv.), il est certain que, dans le cas supposé, il en pourrait être fixé une qui, comprenant seulement le nom de l'un ou de plusieurs des associés responsables et solidaires, serait exactement dans les conditions déterminées par la loi. Il faut donc conclure qu'en droit rien ne s'oppose à ce que le gérant d'une commandite soit pris en dehors de la société. Mais, en fait, il est vrai de dire que si les associés responsables peuvent recourir à cette combinaison, il arrivera bien rarement qu'ils s'y arrêtent; ils retiendront plutôt pour eux-mêmes, promoteurs en général de l'affaire, le soin d'en diriger les opérations.

1432. C'est ordinairement par l'acte même de formation de la société que les associés nomment le gérant ou les gérants auxquels l'administration est confiée. La loi elle-même le suppose, et, dans cette prévision précisément, elle indique que l'extrait, dont la publication est un des éléments de la publicité par elle organisée, doit contenir, outre le nom des associés autres que les actionnaires ou commanditaires, la désignation de ceux qui sont autorisés à gérer, administrer et signer pour la société (l. 24 juill. 1867, art. 57). Toutefois, il se peut faire que l'acte constitutif ne contienne aucune indication à cet égard. Les associés responsables sont alors placés sous le régime légal; ils sont

(1) M. Sourdat (p. 143 et 144).

tous et collectivement administrateurs, étant censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre (C. civ., article 1859). Mais ils pourront toujours faire cesser cet état de choses, et pourvoir à l'administration, même au cours des opérations sociales, en désignant, dans un acte spécial, le gérant ou les gérants auxquels la direction de l'entreprise sera désormais confiée. M. Bravard paraît contester cela, comme il l'a contesté pour les sociétés en nom collectif (*suprà,* n° 1346). « Pour les sociétés en commandite, dit-il, comme pour les sociétés en nom collectif, il faut qu'il y ait des administrateurs *nommés par l'acte même de société;* il faut qu'ils soient indiqués dans l'acte destiné à être publié. Les art. 42 et 43 du Code de commerce (57 de la loi de 1867) ne font à cet égard aucune distinction entre la société en commandite et la société en nom collectif. Il suit de là que les gérants de la commandite seront irrévocables, *puisque leur nomination sera une des conditions de la société et se fera par l'acte même* qui la constitue. » (1) Ainsi, l'auteur n'admet qu'une seule hypothèse pour en tirer cette conséquence générale de l'irrévocabilité des gérants à laquelle nous allons revenir tout à l'heure (*infrà,* n° 1436). Les gérants de la commandite sont irrévocables, selon lui, parce qu'ils *ne peuvent être nommés que par l'acte même de société*. Or, en ce dernier point, la thèse est absolument inadmissible. Le droit des associés est plus étendu. Assurément, ils peuvent nommer les gérants par l'acte constitutif, et c'est le mode habituellement suivi; mais ils peuvent aussi, s'ils ont omis de le faire, réparer l'omission et nommer les gérants par un acte postérieur à la constitution de la société. C'est le droit commun, suivant l'art. 1856 du Code civil, dont la disposition peut être invoquée pour les sociétés en commandite aussi bien que pour les sociétés en nom collectif. Et nous pouvons nous référer à ce que nous avons dit, sur ce point, à propos de ces dernières sociétés (*suprà,* n° 1346).

1433. Mais la désignation du gérant faite par un acte postérieur à la formation de la société ne vaudrait, vis-à-vis des associés, qu'autant qu'elle aurait été admise par tous, et ne serait opposable aux tiers que si elle avait été rendue publique en la forme déterminée par la loi. Ce serait là une dérogation au pacte social, qui, étant muet sur la gérance, impliquait la volonté, de la part des associés en nom, d'administrer en commun; et, dès lors, la dérogation ne saurait être imposée à ceux qui ne l'auraient pas consentie. D'un autre côté, ce serait une *modification* aux statuts, modification qui, à défaut de la publicité requise par la loi (art. 61, loi de 1867), ne saurait être opposée aux tiers, toujours fondés à dire que, vis-à-vis d'eux, la convention primitive subsiste, et, par conséquent, que chacun des associés responsables a pu engager la société par ses actes comme s'il était seul gérant.

II. — 1434. Dans ses rapports avec la société ou les associés, le gérant est un mandataire. Il est plus que cela vis-à-vis des tiers, nous le

(1) M. Bravard (*Soc. comm.*, p. 84).

verrons tout à l'heure (*infrà,* n°s 1440 et suiv.). Mais, par rapport au associés, on peut dire que, dans l'économie de la loi et dans la pensé constamment reproduite par la jurisprudence, la gestion ou la géranc d'une société en commandite constitue un mandat comme celle de l société collective (*suprà,* n° 1348).

1435. Le point a été nettement précisé à propos d'une question spé ciale de droit pénal. On s'était demandé si le gérant d'une société e commandite est, en cas de détournement frauduleux des valeurs so ciales, soumis aux peines édictées contre le mandataire infidèle pa l'art. 408 du Code pénal. La Cour de cassation s'était d'abord pro noncée pour la négative. « Les dispositions pénales, avait-elle dit, n peuvent jamais, sous prétexte d'analogie, être étendues d'un cas à un autre. Par suite de ce principe, l'art. 408 ne peut être appliqué qu'au détournements commis pour violation des contrats qui y sont spécifiés Or, l'associé gérant d'une société en commandite ne peut être consi déré légalement comme un mandataire. En effet, ses pouvoirs, établi par l'acte de société, font partie des conventions réciproques sur la f desquelles l'association s'est formée; ils ne peuvent être révoqués qu pour causes légitimes, ils ne sont pas exercés au nom d'un mandant e dans un intérêt étranger à celui qui les exerce : sous tous ces rapports ils diffèrent essentiellement des pouvoirs qui résultent du contrat d mandat. » (1) Et ces appréciations ont trouvé et trouvent encore, dan la doctrine, d'énergiques défenseurs (2). Mais elles n'ont pas été main tenues par la Cour de cassation. Revenant bientôt sur sa jurisprudence et caractérisant nettement le rôle du gérant vis-à-vis de la société, elle a décidé, dans le même procès, et par rejet longuement délibéré du pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Rouen, à laquelle l'affaire avait été renvoyée (3), que le gérant d'une société en commandite est son mandataire dans le sens de l'art. 408. « Attendu, en droit, que le contrat de société n'exclut pas la stipulation d'un mandat; que le même acte qui établit une société et détermine les droits des associés peut aussi contenir les pouvoirs conférés à l'un des contractants pour la gestion et l'administration de la chose mise en société et pour la direction des intérêts communs; que, spécialement dans la société en commandite, les associés responsables et solidaires sont investis par leurs coïntéressés du pouvoir de gérer, administrer et signer pour la société; que ceux des associés auxquels ce pouvoir est attribué doivent être désignés dans l'extrait de l'acte de société, qui est remis au greffe du Tribunal de commerce, conformément aux art. 42 et 43 du Code de commerce; qu'ils sont constitués par là mandataires, et que les valeurs appartenant à la société leur sont remises à titre de mandat; que si le mandat ainsi contracté est modifié sous divers rapports..., il n'entraîne pas moins, comme l'une de ses conséquences, l'obligation,

(1) Crim. cass., 15 janv. 1842 (S.-V., 42, 1, 362; Dall., 42, 1, 127).
(2) Voy. notamment M. Bédarride (*Soc.*, n° 210). *Junge* : MM. Dalloz (*Rép.*, v° Abus de confiance, n° 165).
(3) Rouen, 18 mars 1842 (S.-V., 42, 2, 292; Dall., 42, 2, 187).

pour le mandataire, de se renfermer dans les limites de son mandat, d'en rendre compte, et d'être passible, en cas de fraude, des poursuites autorisées et des peines prononcées par la loi contre le mandataire infidèle. » (1) La Cour est depuis restée ferme dans cette jurisprudence, qui, en définitive, répond exactement à la vérité des situations. Il ressort, en effet, du caractère même de la société en commandite, que, vis-à-vis d'elle, le gérant n'est pas autre chose qu'un mandataire. A l'origine, la commandite apparaît sous la forme d'un mandat; les jurisconsultes anciens sont tous d'accord à cet égard. Or, elle a conservé son caractère originaire; il y a toujours un ou plusieurs bailleurs de fonds, étrangers au commerce, et un préposé chargé de faire valoir ces fonds, avec obligation de rendre compte de ses actes. Ce préposé, c'est le gérant, et cette qualification qu'on lui donne éveille elle-même l'idée de mandat.

1436. Toutefois, le mandat dont le gérant est investi n'est pas, sous tous les rapports, un mandat ordinaire. Dans les termes du droit commun sur le contrat de mandat, le mandataire est révocable *ad nutum*, le mandant pouvant révoquer sa procuration quand bon lui semble (C. civ., art. 2004). Il n'en est pas toujours ainsi en matière de société. D'après l'art. 1856 du Code civil, le pouvoir conféré à l'associé chargé de l'administration « par une clause spéciale du contrat de société... ne peut être révoqué sans cause légitime tant que la société dure; mais s'il a été donné par acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat. » Telle est la règle spéciale, et cette règle, applicable aux sociétés commerciales en nom collectif (*suprà*, n° 1347), doit être également suivie en ce qui concerne les sociétés en commandite.

Ainsi, s'agit-il d'un gérant nommé postérieurement au contrat de société ou à la rédaction des statuts, il est, comme un simple mandataire, révocable *ad nutum* par les associés, ou par l'assemblée générale; ses pouvoirs sont entièrement subordonnés à la volonté de ceux qui les ont conférés; ils cessent quand il convient à ceux de qui il les tient de les lui retirer.

S'agit-il d'un gérant chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat ou des statuts sociaux, il est irrévocable, en principe : les associés ont renoncé à leur droit de révocation en faveur d'une personne à laquelle ils ont entendu que le soin de leurs intérêts resterait confié, et, de son côté, le gérant n'est entré dans la société que parce qu'il en devait avoir l'administration. Il y a eu ainsi, dès la formation du contrat, engagement réciproque : la clause devra donc être maintenue et recevoir son exécution tant que subsistera le contrat dont elle

---

(1) Crim. rej., 8 août 1845 (S.-V., 46, 1, 59; Dall., 45, 1, 363). *Adde* Crim. rej.; 31 juill. 1851 (Dall., 52, 5, 2); 10 déc. 1858 (Dall., 65, 1, 5; *J. Pal.*, 1863, p. 99), 14 mars 1862 (Dall., 66, 1, 364; *J. Pal.*, 1863, p. 98). Voy. aussi MM. Troplong (n°s 359 et 809), Delangle (n°s 322 et suiv.), Alauzet (n° 210), Molinier (n° 533), Demangeat, sur Bravard (n° 232), Hélie et Chauveau (n° 2076).

est l'une des conditions (1). La loi fait à cette irrévocabilité, qui, en ce qui concerne le gérant statutaire, est de principe, la seule réserve que commandaient l'intérêt social et la nature des choses. Le gérant statutaire est irrévocable, sauf le cas où il compromettrait les ressources et l'avenir de la société par une administration déloyale ou même notoirement malhabile, par des actes d'infidélité, par des négligences coupables. Il y aurait alors cette cause légitime de révocation dont il est question dans l'art. 1856 du Code civil; et les associés, soit ensemble, soit individuellement, pourraient, sur ce fondement, s'adresser à la justice, spécialement aux tribunaux de commerce, puisqu'il s'agit de sociétés commerciales, pour faire retirer au gérant statutaire des pouvoirs que l'intérêt commande de ne plus laisser en ses mains. Les tribunaux, en effet, sont juges du cas de révocation. C'est devant eux que la demande doit être portée; il leur appartient d'en apprécier les causes et de dire, après examen, s'il y a lieu ou non de prononcer la révocation.

Telles sont les règles générales; ce sont, en définitive, celles qui ont été exposées dans le commentaire de l'art. 1856 du Code civil (*suprà*, nos 506 à 509) : les observations présentées *loc. cit.*, dans cet ordre d'idées, trouvent ici leur application.

1437. Il est un point, cependant, qui a soulevé de sérieuses difficultés. Il touche aux modifications qui peuvent être faites à ces règles par la convention. On s'est demandé si la révocabilité du gérant statutaire, qui, nous l'avons dit *loc. cit.*, peut être stipulée dans les sociétés civiles et dans les sociétés commerciales en nom collectif, pourrait l'être également dans les statuts d'une société en commandite. Cette clause, dit M. Troplong, serait sans effet. « Car le gérant ne serait plus, à l'égard des commanditaires, qu'un mandataire révocable, qu'un agent dépendant et passif qui tirerait sa vie et son action des commanditaires et administrerait à leur place : les conditions de la commandite seraient renversées, les actionnaires seraient les vrais administrateurs. » (2) Cette clause, dit de son côté M. Bravard, « aurait pour effet de faire prédominer l'élément purement matériel sur l'élément personnel, l'élément irresponsable sur l'élément responsable; de soumettre les personnes aux choses, — tandis que la prédominance appartient nécessairement à l'élément personnel et responsable. Elle altérerait donc la société dans son essence, en intervertissant l'ordre, le rang, qui y appartient à chacun des éléments qui la composent; elle ferait dégénérer la société en commandite en une espèce de société anonyme déguisée. Il faut, dans la commandite, que chacun des éléments se renferme dans ses limites, et aussi que l'un ne soit pas à la discrétion de l'autre, sans quoi la société n'aurait qu'une apparence mensongère. » (3)

---

(1) Req., 28 avr. 1863 (S.-V., 63, 1, 383; *J. Pal.*, 1864, p. 48; Dall., 63, 1, 408). *Comp.* Req., 6 janv. 1873 (Dall., 73, 1, 116; S.-V., 73, 1, 24; *J. Pal.*, 1873, p. 37).
(2) M. Troplong (*Soc.*, n° 433).
(3) M. Bravard (*Soc.*, p. 84). Voy. aussi MM. Delangle (t. I, n° 176), Beudant (*Rev. crit.*, t. XXXI, p. 416 et suiv.).

Cependant, la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à ces considérations. Elle s'est constamment prononcée pour la validité de la clause d'un acte de société en commandite par laquelle serait stipulée la révocabilité des gérants même statutaires (1). Elle a reconnu, de plus, que le gérant peut être révoqué par décision de l'assemblée générale, si les statuts ont réservé le droit de révocation aux associés, et cela alors même que ces statuts obligeraient de déférer aux tribunaux les contestations entre le gérant et la société (2). Et elle est allée jusqu'à décider que cette faculté, pour les membres d'une société en commandite, de révoquer le gérant à leur gré et de le remplacer, serait valablement stipulée dans un acte postérieur à l'acte social, par une convention faite avec le gérant au cours de la société, si, d'ailleurs, l'acte social avait autorisé la modification ultérieure des statuts (3). Ces décisions ne peuvent qu'être approuvées. La vérité en a été dès l'origine nettement établie dans une sentence arbitrale dont les motifs sont la meilleure justification de la doctrine qui a prévalu. L'associé chargé d'administrer, y est-il dit, est un mandataire. Lorsque son mandat lui est donné par les statuts, il n'est révocable, à la différence du mandat ordinaire, que pour des causes légitimes. Cette exception aux règles du mandat est fondée sur la présomption que l'attribution de la gérance à une personne déterminée a pu être pour elle et pour les autres associés une condition déterminante de l'existence du contrat. Mais cette présomption disparaît lorsque les parties ont manifesté l'intention contraire. Or, rien ne s'oppose à ce que, par une convention formelle librement stipulée et acceptée, et que la loi autorise par cela seul qu'elle ne l'interdit pas, le mandat du gérant rentre dans la classe des mandats ordinaires, essentiellement révocables par le seul effet de la volonté des mandants : une pareille convention ne blesse ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs, et ne porte atteinte à aucun des principes qui régissent le contrat de société en général. Elle ne saurait non plus être considérée comme portant atteinte à l'essence des sociétés en commandite. La faculté de révocation du gérant par la seule volonté de la majorité des associés laisse subsister dans sa force et dans son étendue le principe de la personnification de la société dans le gérant désigné, tant qu'il est maintenu dans ses fonctions. La révocation est toujours suivie de la nomination d'un nouveau gérant, rendue publique par les moyens légaux, ou de la dissolution de la société, en sorte que la responsabilité de l'associé gérant à l'égard des tiers est complète pour tout le temps de son administration. D'un autre côté, la clause de révocabilité du gérant n'est pas contraire au principe qui défend aux commanditaires ou aux action-

---

(1) Paris, 14 nov. 1848 et 28 févr. 1850 (S.-V., 48, 2, 687; 50, 2, 447; *J. Pal.*, 1849, t. II, p. 198; 1850, t. I, p. 364); Req., 9 mai 1859 (S.-V., 60, 1, 442; *J. Pal.*, 1860, p. 870; Dall., 59, 1, 498); 25 nov. 1872 (S.-V., 73, 1, 385; *J. Pal.*, 1873, p. 951). Voy. aussi MM. Alauzet (n° 152), Rivière (*Loi de 1856*, n° 13), Foureix (n° 177), Demangeat, sur Bravard (*loc. cit.*), Lescœur (p. 205).

(2) Req., 9 mai 1859, cité à la note précédente.

(3) Paris, 5 juill. 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 311; S.-V., 59, 2, 553), et, sur le pourvoi, Req., 9 mai 1860 (Dall., 60, 1, 279; S.-V., 60, 1, 621; *J. Pal.*, 1860, p. 1125).

naires de s'immiscer dans la gestion; dans son application légitime, elle n'excède pas, en effet, les bornes de l'influence que les commanditaires doivent nécessairement avoir sur l'adoption du système général d'après lequel l'opération doit être conduite (1). Ces considérations répondent aux objections ci-dessus rappelées, et l'on peut conclure que si le gérant statutaire n'est pas, en général, révocable tant que dure la société, si ce n'est pour cause légitime, ce n'est pas là un principe d'ordre public auquel il ne puisse pas, même dans les sociétés en commandite, être dérogé par des conventions particulières.

1438. Au surplus, la révocation du gérant pour cause légitime pourrait être demandée par un associé commanditaire aussi bien que par les associés en nom. Sous ce rapport, les droits sont égaux entre les associés des deux classes. Les uns et les autres ont un intérêt égal à ce que l'affaire soit bien conduite et la société convenablement administrée (2). Ceci est sans difficulté. Mais on peut se demander si chaque associé a le droit de provoquer la révocation du gérant, sans avoir besoin pour cela du concours ou de l'approbation de la société elle-même, ou de l'assemblée générale qui la représente. La question a donné lieu à des systèmes divers qui ont été exposés et discutés dans le commentaire de l'art. 506 du Code civil (*suprà*, n° 508); nous y renvoyons le lecteur.

1439. De même, c'est une question de savoir si la révocation du gérant nommé soit par les statuts, soit par un acte postérieur à la formation de la société, aurait pour effet nécessaire d'entraîner la dissolution de la société. Toutefois, la question peut se présenter à propos de toutes les sociétés commerciales. Et elle comporte des distinctions et des réserves qui précisément tiennent au caractère propre, à la nature même des diverses espèces de sociétés. C'est pourquoi nous en renvoyons l'examen et la discussion au titre troisième, où il est traité, d'une manière générale, de la dissolution des sociétés de commerce.

III. — 1440. Vis-à-vis des tiers, le gérant de la société en commandite n'est pas seulement un mandataire; il est la personnification même de la société; il en est le représentant légal, et, on peut le dire, il est la société elle-même. La Cour de cassation l'a déclaré en termes exprès, bien qu'à ses yeux, nous l'avons montré tout à l'heure, la gérance ne constitue qu'un mandat dans les rapports du gérant avec la société (*suprà*, nos 1434 et 1435). Et elle l'a dit pour motiver des solutions auxquelles, l'administration du gérant étant ramenée aux conditions de pur mandat, les règles du mandat n'auraient pas permis de s'arrêter. Il s'agissait, en effet, d'un gérant dont les manœuvres frauduleuses et les actes dolosifs dans la gestion avaient été la cause de préjudices sérieux pour les tiers. L'arrêt dénoncé, en constatant et le dol et le dommage

(1) Voy. la sentence arbitrale du 10 août 1848, dont l'arrêt de la Cour de Paris du 11 novembre suivant, cité dans l'une des notes ci-dessus, a purement et simplement adopté les motifs.

(2) *Comp.* Paris, 23 déc. 1848 et 28 févr. 1850 (S.-V., 49, 2, 34; 50, 2, 447). Voy. aussi MM. Troplong (n° 433), Delangle (n° 173), Alauzet (n° 306).

qui en était résulté, avait condamné le gérant seul à réparer ce dommage, et avait déchargé la société et les actionnaires de toute responsabilité, sous prétexte que leur bonne foi était hors de doute. Évidemment, si le gérant n'était, même vis-à-vis des tiers, que le mandataire de la société, la décision eût été à l'abri de la critique; car, en principe, les faits délictueux commis par le mandataire dans l'accomplissement du mandat n'obligent pas le mandant (C. civ., art. 1998). Mais la Cour de cassation a caractérisé autrement la situation. « Dans la société en commandite, a-t-elle dit, le gérant est le représentant légal de la société; *il la personnifie dans ses rapports avec les tiers;* lorsqu'il a contracté au nom de celle-ci, dans la sphère de ses attributions, c'est la société elle-même qui a contracté. » Et la Cour, en évitant même de se placer au point de vue du pourvoi qui présentait le gérant comme un préposé de la société dans le sens de l'art. 1384 du Code civil, a cassé l'arrêt attaqué pour violation de l'art. 1382 du même code et des art. 23 et 24 du Code de commerce, et a décidé que lorsque le gérant pratique des manœuvres frauduleuses et commet un dol dans les actes de sa gérance, non-seulement la société n'en doit pas profiter, mais, au contraire, elle doit réparer en entier le préjudice qui en résulte pour les tiers, quelle que soit d'ailleurs la bonne foi personnelle des actionnaires de la société (1).

Donc, vis-à-vis des tiers, le gérant n'est pas un pur mandataire; il est la société elle-même, qu'il oblige directement par ses actes. Toutefois, c'est à une double condition, indiquée, d'ailleurs, par la Cour de cassation dans les motifs de son arrêt : le gérant n'oblige la société qu'autant qu'il agit sous la raison sociale, c'est-à-dire pour l'intérêt commun, et dans la sphère de ses attributions, dans la limite de ses pouvoirs. La règle étant la même à cet égard que dans les sociétés en nom collectif, nous n'aurons pas à y insister longuement.

1441. D'une part, la société, en thèse générale, n'est liée par l'acte du gérant qu'autant que l'acte a été fait pour elle et en son nom. Ainsi, l'obligation résultant d'un acte accompli par le gérant en son nom personnel ne serait pas une obligation sociale; et, le contrat eût-il tourné au profit de la société, le tiers contractant ne pourrait pas agir directement contre elle. Est-ce à dire, pourtant, que tout acte du gérant doive nécessairement, pour obliger la société, être fait sous la signature sociale elle-même? Non, sans doute. La société serait également liée si, de la teneur même de l'acte, ou de telles ou telles circonstances extérieures, il résultait que, bien que signé par le gérant en son nom personnel, l'acte a été fait pour le compte de la société. Il y aurait cette seule différence entre les deux situations que la signature sociale étant, en général, le signe qui révèle et affirme le caractère social de l'opération, la preuve serait faite pour celui qui exciperait d'un titre

(1) Cass., 15 janv. 1872 (S.-V., 72, 1, 9; *J. Pal.*, 1872, p. 11; Dall., 72, 1, 165). Voy. aussi, sur le renvoi, Grenoble, 4 févr. 1874 (S.-V., 74, 2, 168; *J. Pal.*, 1874, p. 729). *Junge :* Dijon, 24 juill. 1874 (S.-V., 75, 2, 73; *J. Pal.*, 1875, p. 343). *Comp.* Lyon, 3 déc. 1857 (S.-V., 58, 2, 471; *J. Pal.*, 1859, p. 86; Dall., 59, 2, 171).

souscrit de la raison sociale, tandis qu'elle incomberait à celui dont le titre ne porterait pas le nom commercial de la société. — Sans insister davantage sur ces divers points, nous nous référons aux explications fournies dans le chapitre précédent, à l'occasion des sociétés en nom collectif (*suprà*, n[os] 1393 et suiv.).

1442. D'une autre part, l'acte du gérant n'est obligatoire pour la société qu'autant qu'il a été fait par lui dans la sphère de ses attributions ou de ses pouvoirs, à moins que la société en ait profité.

Quant aux pouvoirs du gérant, ils peuvent être fixés et précisés par les statuts. Dans ce cas, le gérant n'oblige la société qu'à la condition de se tenir dans les termes de la convention; tous actes qu'il ferait en dehors seraient, sinon nuls, au moins non obligatoires pour la société. Que si l'acte constitutif est sans indication aucune sur ce point, le gérant, dans les sociétés en commandite, a des pouvoirs qui ne diffèrent pas de ceux du gérant des sociétés en nom collectif. Il ne peut à lui seul faire des actes de disposition; mais tous les actes d'administration, quelque importants qu'on les suppose, tous ceux que comportent les besoins de sa gérance ou que pourraient exiger les opérations commerciales en vue desquelles la société s'est fondée, sont de son domaine. Ainsi, il pourra vendre ou acheter les choses formant l'objet du commerce qu'il a mission de diriger, louer les locaux nécessaires à l'exploitation, poursuivre les débiteurs, toucher les sommes dues à la société ou payer celles dont elle est débitrice, en donner ou recevoir bonne et valable quittance, choisir à son gré les employés nécessaires à l'expédition des affaires et les révoquer (1), etc., etc. En un mot, ici encore, comme dans la société en nom collectif, les pouvoirs du gérant s'étendent à tout ce qui peut être considéré comme acte d'administration (*suprà*, n[os] 1356 et suiv.); et, dans cet ordre d'idées, le gérant peut tout ce qui tend à conduire la société vers le but qu'elle s'est proposé en s'établissant; il n'y a de soustrait à son action que ce qui pourrait éloigner la société de ses fins.

1443. Dès lors, il ne pourrait pas affranchir un associé commanditaire de l'obligation de verser sa mise ou lui restituer les sommes par lui versées. Cela a été mis en question dans une espèce où, sous l'influence de la menace par quelques actionnaires de provoquer la dissolution et la liquidation de la société, le gérant, traitant avec ces actionnaires, avait repris leurs actions moyennant remboursement de la portion du capital déjà versée et libération de l'obligation de payer le surplus. La société, ayant été plus tard déclarée en faillite, les syndics demandèrent la nullité de ces actes comme constituant un abus de pouvoirs de la part du gérant. La Cour de Nîmes reconnut, en effet, et déclara « que s'il peut

(1) Jugé que le gérant d'une société en commandite a un pouvoir absolu sur le choix et le remplacement du personnel; qu'il peut seul, dès lors, révoquer un ingénieur de la société, alors même que celui-ci avait été investi de ses fonctions par une clause spéciale des statuts, si, d'ailleurs, rien ne démontre que cette stipulation dût être obligatoire pour toute la durée de la société. Lyon, 26 août 1857 (*J. Pal.*, 1858, p. 914; Dall., 58, 2, 68; S.-V., 57, 2, 703).

être permis au gérant d'une société en commandite de faire des achats d'actions qui offrent des chances aléatoires de bénéfices pour la société, il ne peut certainement pas être en son pouvoir de se faire céder des actions pour un but non avouable et contraire aux intérêts dont il doit être le défenseur. » Et, sur le pourvoi, la Cour de cassation a dit, en complétant cette pensée, « qu'il répugnerait à la nature même du contrat de société que le gérant, auquel précisément mandat est virtuellement donné par les commanditaires à l'effet de les obliger envers les tiers jusqu'à concurrence des fonds par eux versés ou promis, pût, en dehors des statuts, modifier les conditions sur la foi desquelles s'est établi le crédit de la société, au moyen de conventions particulières avec l'un ou plusieurs des associés, sur la restitution de la mise versée ou l'exonération de la mise à verser par ces derniers dans l'actif de la société. » (1) En cela, d'ailleurs, la Cour suprême n'a fait que suivre et confirmer une jurisprudence sur laquelle nous aurons à revenir dans le paragraphe suivant, en nous occupant des droits et des devoirs des commanditaires (*infrà*, n°s 1452 et suiv.).

1444. Mais l'arrêt précité de la Cour de Nîmes contient, dans ses motifs, la solution d'une autre question qui n'est pas sans difficulté. Il en résulte que l'acte du gérant, dont la nullité a été prononcée dans l'espèce, eût été validé, au contraire, si, comme on le prétendait en défendant à l'action des syndics, la convention intervenue avait eu pour objet, non pas le remboursement de leur mise aux actionnaires ou leur exonération, mais la vente ou la cession de leurs actions au gérant. Est-il vrai, cependant, que le gérant d'une société en commandite trouve dans ses attributions le pouvoir d'acheter ou de racheter les actions de la société qu'il administre?

La question ne peut pas être, assurément, de savoir s'il est permis au gérant de souscrire ou d'acheter des actions de la société dont il a la direction. L'affirmative, sur ce point, ne saurait être justement contestée. On a dit, à la vérité, que les tiers seraient induits en erreur si le gérant participait à la formation du capital social en plaçant ses fonds en actions; que, par là, il leur donnerait comme garantie nouvelle une valeur qui leur appartenait déjà à titre de gage, puisque, comme associé en nom et gérant, il est responsable et tenu des engagements de la société sur tous ses biens personnels (2). Mais, bien qu'indéfiniment responsable, le gérant n'en est pas moins maître de sa fortune personnelle. Il en a la libre disposition; il peut l'administrer à son gré; et de ce qu'elle est, aussi bien que le capital social, le gage des créanciers de la société, il ne s'ensuit en aucune façon qu'elle doive rester immobilisée entre ses mains. Il pourrait donner son argent, il pourrait le dissiper; il l'emploie en achat d'actions de la société, il use

(1) Cass., 6 nov. 1865 (*J. Pal.*, 1866, p. 275; S.-V., 66, 1, 109; Dall., 65, 1, 479).
(2) Voy. M. Molinier (*Dr. comm.*, n° 524). *Comp.* MM. Frémery (*Ét. de dr. comm.*, 54), Vavasseur (n° 41).

en cela d'un droit incontestable (1), et les tiers n'ont pas à se plaindre dès que, en définitive, ils trouvent entières les garanties qui leur sont dues, c'est-à-dire la fortune personnelle du gérant telle qu'elle est, et le capital commanditaire tel qu'il a été annoncé par l'acte de société.

La question n'est pas non plus de savoir si le gérant pourrait, comme représentant la société, en racheter les actions en vue de libérer le capital social, c'est-à-dire en vue de l'amortissement. Rien n'est plus légitime qu'une telle opération; elle est faite avec les bénéfices, sur une prévision spéciale des statuts; et toute société qui a des capitaux disponibles dont il ne lui convient pas de faire usage pour le développement de son entreprise ne saurait mieux faire que les employer à l'annulation de ses actions par l'amortissement, ou du moins à leur transformation en actions de jouissance.

Mais est-il permis au gérant d'employer les fonds de la société à racheter les actions par elle émises et à trafiquer en quelque sorte de titres donnant droit au dividende? Voilà la question. La jurisprudence a eu à y statuer, et, en général, elle s'est prononcée pour la négative. La Cour suprême, par deux arrêts rendus à la même date, et prononçant la cassation de deux arrêts de la Cour de Bourges, a décidé que la faculté pour tout souscripteur de transférer ses actions ne saurait être exercée au profit de la société elle-même, qui, une fois constituée, ne peut, en rachetant ses actions, réduire le capital social affecté à la garantie des tiers (2). Sur le renvoi, la Cour de Riom a de même déclaré nulle la convention par laquelle le gérant d'une société en commandite par actions se rend cessionnaire d'actions de cette société soit sous forme de vente, soit sous forme de transferts préparés au nom des acquéreurs (3). Et la Cour de Bourges elle-même, abandonnant sa première jurisprudence, a jugé aussi que le rachat des actions d'une société en commandite, opéré par le gérant au moyen des fonds sociaux, est entaché d'une nullité radicale que ne pourrait pas couvrir la ratification ou l'approbation du conseil de surveillance, ou même de l'assemblée générale (4). On trouve, d'ailleurs, dans la doctrine, l'écho de ces solutions. Le rachat de ses actions par une société ou par son gérant, dit-on, « est illégal, parce qu'il équivaut à un remboursement partiel; il est attentatoire aux droits des tiers, parce qu'il les prive, sans qu'ils en soient prévenus, du gage annoncé par les statuts; il peut être funeste à la société, parce qu'il la prive de ressources qui dévraient être exclusivement consacrées à alimenter sa gestion, et qui peuvent, au premier jour,

(1) C'est la juste observation de M. Delangle (nº 505). Voy., dans le même sens, MM. Dalloz (*Rép.*, vº Sociétés, nº 1162), Beudant (*Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 127), Sourdat (*Soc. en command.*, p. 104).

(2) Cass., 18 févr. 1868 (*J. Pal.*, 1868, p. 609 et 612; S.-V., 68, 1, 241; Dall., 68, 1, 503). *Adde :* Rej., 14 déc. 1869 (Dall., 70, 1, 179; S.-V., 70, 1, 165; *J. Pal.*, 1870, p. 387).

(3) Riom, 22 févr. 1870 (S.-V., 70, 2, 211; *J. Pal.*, 1870, p. 889).

(4) Bourges, 26 déc. 1870 (S.-V., 70, 2, 318; *J. Pal.*, 1870, p. 1176; Dall., 72, 2, 222).

lui être nécessaires. » (1) Qu'il nous soit permis de le dire, pourtant, la solution, en ces termes, est trop absolue; il y a des tempéraments à y apporter. Ainsi, le fonds de réserve, qu'il est du devoir des grandes compagnies de constituer, devient, quand il est constitué, une partie intégrante du capital social. Est-ce qu'il sera interdit au gérant, si les statuts n'y font pas obstacle, de prendre sur cette partie du capital pour racheter les actions de la société? Les défenseurs de la théorie absolue ci-dessus résumée sont portés à n'aller pas jusque-là (2); et on le conçoit bien, car c'est l'emploi le meilleur qui puisse être fait de ces fonds spéciaux, puisque, en définitive, il tend à l'heureux résultat dont nous parlions tout à l'heure, à l'amortissement du capital de la société. Et puis, sans parler même de la réserve, et avant qu'il y ait une réserve constituée, est-ce qu'il n'est pas possible d'imaginer tel cas où le rachat des actions de la société serait une opération utile et avantageuse? Par exemple, pourrait-on faire un reproche au gérant qui, non dans une pensée de trafic, mais pour l'intérêt bien entendu de la société, spécialement pour prévenir une dépréciation dont ses actions seraient menacées, emploierait à leur rachat les fonds disponibles qu'il aurait dans sa caisse? Cela, dit-on, serait attentatoire aux droits des tiers, dont le gage serait ainsi diminué! Est-ce bien certain? D'abord, les titres repris sur le marché représentent dans la caisse l'argent que le gérant en a retiré pour les racheter. Ensuite, ces titres acquis par le gérant peuvent être l'objet de négociations ultérieures qui rétablissent le capital dans sa constitution effective. La jurisprudence elle-même tient compte de cette éventualité, et, tout en posant en thèse la nullité du rachat des actions de la société avec des fonds sociaux, elle concède qu'il en est autrement quand le déficit produit par ce rachat est ultérieurement couvert au moyen de sommes versées dans la caisse sociale par suite de la négociation au pair des mêmes actions à d'autres actionnaires (3). Or, qu'est-ce à dire, sinon qu'en elle-même l'opération n'est pas illicite et qu'il y a là un de ces faits dont le caractère peut varier suivant les circonstances.

C'est ainsi, d'ailleurs, qu'il est apparu au législateur lui-même. Le cas, en effet, a été spécialement prévu dans la discussion de la loi du 24 juillet 1867. On a proposé alors, par voie d'amendement, non pas seulement d'interdire, mais encore de punir des peines de l'escroquerie, « le fait du gérant qui aurait employé *une partie quelconque du capital social* à l'achat des actions émises. » Or, cet amendement, que la commission du Corps législatif avait d'abord admis en en aggravant même

(1) C'est le résumé de l'opinion émise par M. Beudant sur la question (*Rev. crit.*, *loc. cit.*, p. 122 et suiv.). Voy. aussi M. Lombard (*op. cit.*, p. 102).

(2) Voy. M. Beudant (*ibid.*, p. 126).

(3) Req., 11 déc. 1866 (S.-V., 68, 1, 119; *J. Pal.*, 1868, p. 279; Dall., 67, 1, 499). Cela résulte également des arrêts ci-dessus cités de la chambre civile du 18 février 1868, en ce que le rachat a été invalidé non en ce qui concerne toutes les actions rachetées par le gérant, mais uniquement pour celles qui n'avaient pas trouvé acquéreur.

les termes, a été repoussé en premier lieu par le conseil d'État, à l'avis duquel la commission avait fini par se ranger; et puis, reproduit dans la discussion par le membre qui l'avait proposé, il n'a même pas été pris en considération par le Corps législatif. Pourquoi? Précisément parce que, sans nier ce que l'opération peut avoir de fâcheux et même de répréhensible parfois, on a reconnu que, parfois aussi, elle peut être un moyen légitime de défense contre les manœuvres de sociétés rivales et même un emploi licite des ressources de la société. Et, en conséquence, il a paru raisonnable et juste, « vu la difficulté de tracer une règle précise, surtout de distinguer, dans la pratique, la fraude de ce qui serait un usage légitime, par le gérant, de ses pouvoirs », de laisser le fait sous l'empire du droit commun (1).

1445. C'est, d'ailleurs, disons-le en terminant sur la gestion de la commandite, une nécessité, en quelque sorte, dès qu'il s'agit d'apprécier la mesure ou l'étendue des pouvoirs du gérant. Il n'est guère possible, en effet, de dire *à priori,* et en thèse générale, ce qu'un gérant, dont les attributions ne sont pas déterminées par les statuts sociaux, peut faire et ce qu'il doit s'interdire. Comme nous l'avons expliqué en traitant, soit des sociétés civiles (*suprà,* n[os] 514 et suiv.), soit des sociétés en nom collectif (n[os] 1356 et suiv.), cela dépend, non pas même du caractère des actes pris en eux-mêmes, emprunts, hypothèques, transactions, compromis, remises de dettes, etc., mais encore et surtout du rapport de ces actes avec le but de l'association. Et comme c'est là un point essentiellement variable, chaque association ayant son but particulier, il est vrai de dire que la question de savoir si tel ou tel acte accompli par un gérant rentrait dans ses pouvoirs est moins de droit que de fait et doit être résolue d'après les circonstances (2). A cet ordre d'idées se rattachent les arrêts de la Cour de cassation, d'où il résulte qu'il appartient aux juges du fond de déclarer, par appréciation des faits, que des opérations de bourse dites reports ont été sérieuses et ont constitué un prêt sur gages, et que ces opérations ont été faites par le gérant pour le compte de la société et non pour son compte personnel (3).

---

(1) Voy., pour cette discussion, le *Commentaire législatif* de M. Tripier (t. I, p. 140 et suiv.; t. II, p. 33 à 73). — Il convient de dire, cependant, que la question est tranchée dans le sens de notre jurisprudence française, pour la Belgique, par la loi du 18 mai 1873. Aux termes de l'art. 134, sont punis d'une amende de 50 à 10 000 francs, et facultativement d'un emprisonnement d'un mois à un an, tous ceux qui, comme administrateurs, commissaires ou gérants, auraient sciemment « racheté des actions ou parts sociales, si ce n'est au moyen d'un prélèvement net sur les bénéfices réels opérés conformément aux statuts ou aux délibérations de l'assemblée générale. »

(2) Req., 23 nov. 1875 (S.-V., 76, 1, 21; *J. Pal.*. 1876, p. 32). *Comp.* Paris, 26 juin 1841; Rej., 21 avr. 1841; Cass., 3 mai 1852 (S.-V., 41, 1, 395; 53, 1, 617; *J. Pal.*, 1841, t. II, p. 381; 1854, t. I, p. 459; Dall., 41, 1, 222; 53, 1, 186).

(3) Rej. (4 arrêts), 18 juin 1872 (Dall., 72, 1, 268; S.-V., 73, 1, 19; *J. Pal.*, 1873, p. 28).

§ II. — OBLIGATIONS ET DROITS DES COMMANDITAIRES.

SOMMAIRE.

I. 1446. Comme associés, les commanditaires ont des obligations et des droits. Division.

II. 1447. *Obligations et devoirs des commanditaires.* Leur première obligation est de faire le versement de leur mise. — 1448. Comment ce versement doit être effectué. — 1449. Ils peuvent être contraints à l'exécution par toutes les voies de droit, soit par le gérant, soit par les créanciers sociaux exerçant les droits de la société; — 1450. Et même par ces derniers agissant en leur propre nom : le commanditaire est, en effet, soumis, pour le versement de sa mise, à l'action directe des créanciers sociaux, même pendant l'existence de la société. — 1451. Le commanditaire, créancier de la société, pourrait-il opposer la compensation?

III. 1452. La mise versée doit être maintenue dans la société. En conséquence, serait sans effet toute convention ou stipulation dont le résultat serait la restitution de tout ou partie de la mise versée ou l'affranchissement des versements à faire. — 1453. Applications : abandon au gérant d'actions non entièrement libérées pour se dispenser de verser le complément; stipulation tendant à ce que la mise reste partiellement affranchie des pertes; etc. — 1454. *Quid* de la stipulation des statuts, aux termes de laquelle, en cas de refus de s'acquitter, l'actionnaire serait déchu de ses droits, et perdrait, avec ses actions, les sommes déjà versées? — 1455, 1456. Et de celle par laquelle il serait alloué aux commanditaires, outre leur part de bénéfices, l'intérêt de leur mise sociale?

IV. 1457. Le commanditaire ne conserve l'avantage de n'être tenu que jusqu'à concurrence de sa mise qu'à la condition de rester étranger à l'administration. — 1458. Dès lors, il doit ne faire aucun acte de gestion, même en vertu de procuration (C. comm., art. 27). — 1459. Son immixtion dans la gestion, *pendant l'existence de la société,* lui ferait perdre sa qualité de commanditaire. — 1460. Mais les actes de gestion qu'ils doivent s'interdire sont ceux qui les mettraient en rapport avec les tiers comme représentant la société, non ceux qui peuvent être considérés comme actes de gouvernement intérieur de la société. — 1461. Ainsi, ils pourraient autoriser le gérant à faire des actes dépassant ses pouvoirs. — 1462. Pourraient-ils prescrire au gérant ou lui interdire certains actes? — 1463. Le fait de l'immixtion peut être prouvé par témoins.

V. 1464. Il ne faut pas confondre avec les actes d'immixtion certains agissements qui, d'après la rédaction première des art. 27 et 28 du Code de commerce, donnaient lieu à controverse, et que la loi du 16 mai 1863, modificative de ces articles, a expressément autorisés. — 1465. Ainsi, le commanditaire peut, sans compromettre sa qualité, donner des avis ou des conseils, contrôler et surveiller l'administration. — 1466. Le gérant est-il tenu de suivre les avis des commanditaires? — 1467. Ainsi encore, il n'est plus interdit aux commanditaires d'être employés pour les affaires de la société. — 1468. Ils peuvent aussi traiter en leur nom et, comme tiers, avec la société. (Avis du conseil d'État du 29 avr. 1829.)

VI. 1469. La sanction primitivement établie par l'art. 282 du Code de commerce a été adoucie par la loi du 16 mai 1863. — 1470. L'associé commanditaire, en cas d'immixtion, n'est obligé solidairement avec les associés en nom que pour les dettes et engagements de la société *dérivant des actes de gestion qu'il a faits;* — 1471. Mais il peut, suivant le nombre et la gravité de ces actes, être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement. — 1472. L'associé commanditaire, déclaré responsable dans ces termes, est-il responsable même vis-à-vis de la société? — 1473. La responsabilité qui l'atteint a-t-elle pour effet de lui attribuer la qualité de commerçant?

VII. 1474. *Droits de l'associé commanditaire.* Il puise dans sa qualité d'associé le droit de contrôler, de surveiller le gérant et les opérations sociales, et le droit de prendre sa part des bénéfices réalisés. — 1475. Du droit de contrôle et de surveillance : renvoi. — 1476. Du droit au partage des bénéfices. — 1477. En principe, c'est par le résultat des opérations sociales prises dans leur ensemble que l'on reconnaît s'il y a des bénéfices ou des pertes; d'où il suivrait que ce serait seulement à la dissolution de la société qu'en cas de bénéfices il y aurait lieu d'en faire la répartition. — 1478. Toutefois, la loi suppose et admet la possibilité de faire, au cours de la société, et sous forme de dividendes, des

répartitions périodiques de bénéfices. — 1479. Ainsi, il y a lieu à répartition, après chaque inventaire, si, comparaison faite entre les profits et les pertes, il ressort un excédant à l'actif. — 1480. De l'époque à laquelle peut ou doit être fait l'inventaire, et de ce qui doit y être porté.

VIII. 1481. Les bénéfices constatés et répartis en dividendes sont acquis aux actionnaires; ils en peuvent exiger et poursuivre la distribution. — 1482. *Quid* s'ils les laissent volontairement à la disposition de la société, en se bornant à en faire créditer leur compte courant?

IX. 1483. Les dividendes distribués doivent être pris sur les bénéfices réalisés et constatés par un inventaire régulier. — 1484, 1485. *Quid* dans le cas où la distribution aurait eu pour objet des dividendes fictifs? État de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence sur ce point jusqu'à la loi du 24 juillet 1867. — 1486. Aujourd'hui et d'après l'art. 10 de cette loi, il n'y a lieu à répétition de dividendes distribués que dans le cas où la distribution aurait été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire. — 1487. L'actionnaire serait-il reçu à prouver qu'il a agi de bonne foi dans les deux cas prévus par cet article? — 1488. A l'inverse, les créanciers seraient-ils admissibles, hors de ces deux cas, à prouver la mauvaise foi de l'actionnaire? — 1489. L'actionnaire condamné à rapporter les dividendes fictifs doit l'intérêt : à dater de quelle époque. — 1490. Application de ces règles diverses à la distribution d'intérêts pris sur le capital.

X. 1491. L'action en répétition des dividendes appartient non-seulement aux créanciers sociaux, mais encore à la société elle-même, et, par suite, à son liquidateur judiciaire. — 1492. Quelle en est la nature : est-elle civile ou commerciale? — 1493. Elle se prescrit par cinq ans, aux termes de la loi du 24 juillet 1867; — 1494. Et cela même vis-à-vis des actionnaires de mauvaise foi. — 1495. Point de départ du délai. — 1496. Du cas où la prescription était commencée à l'époque de la promulgation de la loi.

I. — 1446. De même que les associés en nom, les commanditaires, nous l'avons dit déjà, sont des associés (*suprà,* n° 1422). Par un privilége de la loi, ils sont tenus d'une autre manière que les commandités; spécialement, ils ne sont obligés aux engagements de la société qu'à raison et jusqu'à concurrence de leur mise ou de leur apport; mais ils n'en sont pas moins de vériables associés. De cette qualité même et de cette situation dérivent pour eux des obligations à remplir, des devoirs à observer. Comme associés, ils doivent avant tout effectuer leur mise; ils la doivent à la société pour qu'elle puisse fonctionner, et ils la doivent aux tiers, dont le capital social est le gage. En outre, comme obligés réellement et seulement à raison et dans la mesure de leur apport, ils doivent, pour ne pas compromettre leur situation privilégiée, s'abstenir de tous actes qui, par leur nature, seraient susceptibles de tromper les tiers sur leur qualité d'associés simples bailleurs de fonds. Par contre, ils puisent aussi dans leur condition même des avantages et des droits. Comme associés, ils sont appelés à prendre leur part dans les bénéfices pendant l'existence de la société, et, après sa dissolution, ils participent au partage du fonds; et, comme intéressés en leur qualité même à la bonne conduite des affaires sociales, ils ont le droit, sinon d'agir en administrateurs ou gérants, au moins de contrôler et de surveiller l'administration ou la gérance et ses opérations. — Après cette indication sommaire des obligations et des droits des commanditaires, il convient de reprendre en détail chacun de ces points, pour en préciser le caractère et la portée.

II. — 1447. L'obligation qui s'impose la première à l'associé commanditaire, c'est d'effectuer le versement ou l'apport des valeurs ou

des choses qu'il a promis de mettre dans la société. Du fait même de son entrée dans la société comme commanditaire résulte un engagement dont il ne peut être libéré que par la réalisation dans les termes et dans les conditions convenus ou fixés par les statuts de la société. A cet égard, et sauf l'exception établie par l'art. 3 de la loi du 24 juillet 1867 relativement aux sociétés par actions (*suprà,* n[os] 930 et suiv.), il y a lieu de suivre les règles du droit commun. Il est décidé en ce sens, par application de l'art. 1846 du Code civil, que l'associé commanditaire qui n'a pas réalisé son apport par le versement de la somme promise à la société doit de *plein droit* l'intérêt de cette somme à compter du jour où elle devait être versée (1), et ne pourrait s'affranchir du payement de ces intérêts même en excipant soit de ce que les autres associés auraient, de leur côté, prélevé sur les bénéfices l'intérêt de leurs apports, soit de ce que le défaut de versement n'aurait causé aucun préjudice à la société (2). De même, et par application tant de l'art. 1188 du Code civil que de l'art. 444 du Code de commerce, la faillite d'une société en commandite rend exigibles les sommes restant dues même par les commanditaires, quelques délais qui leur fussent accordés par les statuts sociaux pour effectuer le versement. Les intérêts alors seraient dus seulement à compter de la demande, la règle de l'art. 1846 du Code civil étant inapplicable en ce cas (3).

1448. Chaque commanditaire doit à la société les choses qu'il a promis d'y apporter. Ce peut être un corps certain et déterminé; c'est plus, généralement, une somme d'argent. Dans le premier cas, l'obligation de livrer la chose emporte, dans les termes de l'art. 1845 du Code civil, obligation de garantie en cas d'éviction (4). Dans le second cas, le versement de la somme, objet de l'apport, s'entend d'un payement effectif et réel, c'est-à-dire en numéraire, ou en valeurs équivalentes, d'un recouvrement incontestable et immédiat (*suprà,* n° 894). Toutefois, si un commanditaire, débiteur de sa commandite, était en même temps créancier de la société, la compensation légale, qui, en ce cas, s'opérerait de plein droit, devrait être considérée et admise comme payement régulier et valable. C'est un point établi plus haut (n° 897) et sur lequel nous n'avons pas à revenir.

---

(1) Aix, 14 nov. 1860 (*J. Pal.*, 1861, p. 1037; Dall., 61, 2, 296); Rej., 6 août 1862 (S.-V., 62, 1, 783; Dall., 62, 1, 427; *J. Pal.*, 1862, p. 1083).

(2) Aix, 1er mars 1869 (Dal., 70, 2, 219; *J. Pal.*, 1870, p. 341).

(3) Paris, 23 juin 1859 (S.-V., 60, 2, 128; *J. Pal.*, 1859, p. 1039; Dall., 60, 5, 368). Il a été jugé de même que lorsque le versement d'une commandite n'est exigible qu'au jour où le passif de la société excédera son actif, si une société nouvelle, après avoir adhéré à cette stipulation, devient créancière de la première société qu'elle a liquidée et continuée, elle n'a droit aux intérêts du capital de la commandite qu'à partir de la demande en justice, et non du jour de la dissolution de la société. Rej., 29 avr. 1872 (Dall., 72, 1, 191; S.-V., 72, 1, 177; *J. Pal.*, 1872, p. 409).

(4) Voy., pour cette obligation, notre commentaire de l'art. 1845 (*suprà,* n[os] 266 et suiv.). Mais il a été décidé que l'associé qui s'est obligé à faire l'apport d'un immeuble franc et quitte est libéré de son engagement lorsque, cet immeuble ayant été acheté directement du propriétaire par la société, il a versé entre les mains du gérant le prix d'acquisition. Dès lors, il n'est tenu à aucune garantie si, faute par le gérant d'avoir désintéressé le vendeur, celui-ci vient à exercer son privilége. Rej., 9 déc. 1863 (S.-V., 64, 1, 405; Dall., 64, 1, 460; *J. Pal.*, 1864, p. 1114).

D'ailleurs, les choses promises à la société peuvent n'y être mises que pour la jouissance, aucun texte de loi ne faisant obstacle à ce que les dispositions de l'art. 1851 du Code civil, écrites en vue des sociétés civiles, soient étendues aux sociétés commerciales. Dans ce cas, il conviendra et il sera nécessaire que les statuts réservent à l'associé commanditaire la faculté de prélever, lors de la dissolution, les choses ou les valeurs dont la jouissance seulement aurait été attribuée à la société. La loi du 24 juillet 1867 ayant fait du dépôt préalable *de l'acte constitutif en son entier* l'un des éléments de la publicité requise (*suprà*, nos 1136 et suiv.), les tiers ne pourraient pas contester les effets d'une clause dont ils ont connu ou pu connaître l'existence avant de traiter avec la société.

1449. L'engagement pour le commanditaire d'effectuer sa mise est rigoureusement obligatoire. En cas de refus ou de simple retard, il peut être contraint par toutes les voies de droit à l'exécution. La société envers laquelle il est lié pourra agir contre lui par l'intermédiaire du gérant, son mandataire à cet effet. Et les créanciers sociaux eux-mêmes, dont le capital social est le gage, pourraient, comme exerçant les droits de leur débitrice, agir contre lui par l'action oblique de l'article 1166, qui, incontestablement, leur appartient dans les termes du droit commun.

1450. Mais n'auraient-ils pas même une action directe contre les commanditaires à l'effet de les contraindre à effectuer leur apport? Le point est fort controversé. Dans un premier système, l'action directe est accordée d'une manière absolue aux créanciers sociaux (1). Dans un second système, également absolu mais en sens inverse, ces créanciers n'auraient que l'action oblique de l'art. 1166 du Code civil (2). Dans un troisième, enfin, on refuse aussi aux créanciers le droit d'agir directement contre les commanditaires tant que la société existe, cas auquel, dit-on, il faudrait « s'adresser au gérant seul, qui représente la société et la résume en sa personne »; mais après la dissolution de la société, spécialement en cas de faillite, les créanciers sociaux auraient l'action directe, « parce que la personne civile étant détruite avec son représentant légal, il faut bien permettre de rechercher sous ses ruines les éléments désunis qui la composaient, et rien ne s'oppose plus à ce que les créanciers remontent jusqu'aux maîtres de ces mises, tombées du patrimoine d'une société dissoute dans la main des individus jadis associés qui ont pris sa place. » (3)

Nous écartons tout d'abord cette dernière solution. Il est vrai que,

---

(1) Voy. MM. Merlin (*Quest.*, vo Société, § 2 : il a plus tard émis, en consultation, l'opinion contraire), Pardessus (no 1034), Malepeyre et Jourdain (p. 156), Persil (sur l'art. 23), Vavasseur (no 326), Lombard (p. 60 et suiv.), Boistel (*Précis*, p. 144), Rivière (*Rép. écrit.*, p. 82), Dolez (p. 194). *Comp.* M. Bravard (*Soc.*, p. 98).

(2) Voy. MM. Merlin (Consultation S.-V., 33, 2, 150), Delvincourt (p. 27, note 1), Cresp (Consultation, affaire Loubon), Favard (*Rép.*, vo Société), Molinier (no 547), Delangle (*Soc.*, no 276).

(3) Ce sont les expressions de M. Troplong (*Soc.*, nos 83 et suiv.). *Junge :* MM. Alauzet (no 159); Bédarride (*Soc.*, no 236).

dans les diverses espèces soumises aux tribunaux, l'action directe était exercée par les créanciers sociaux ou en leur nom après la faillite de la société, et les arrêts expriment « que, la faillite ayant fait cesser, en la personne du gérant, la représentation de la société, l'action en versement des mises commanditaires a pu et a dû nécessairement être intentée directement par les créanciers... » (1), même en cas de concordat (2), et même après que les actionnaires ou commanditaires se sont distribué l'actif de la société (3). Mais ce n'est pas à dire que toutes ces décisions soient conçues dans une pensée limitative; et nous verrons bientôt qu'à côté de ces motifs, la Cour de cassation, notamment, en a formulé d'autres qui vont manifestement au delà de l'hypothèse de la faillite. C'est qu'en effet, la faillite par elle-même ne donne aucune action nouvelle aux créanciers; elle rend exigibles des droits qui n'étaient qu'éventuels ou à terme, mais elle ne crée pas des droits nouveaux. En sorte que si les créanciers doivent, après la faillite, être admis à agir directement contre les commanditaires, ce n'est pas à cause d'un nouveau droit auquel la faillite aurait donné naissance; ce ne peut être qu'autant que l'action dériverait d'un droit propre aux créanciers, droit antérieur à la faillite, et que la faillite laisserait subsister, car elle ne supprime pas plus les droits acquis qu'elle n'en crée de nouveaux. Le débat reste donc entre les deux thèses absolues.

Or, à moins de méconnaître les modifications introduites dans la commandite par le Code de commerce et par les lois ultérieures, on ne peut hésiter entre les deux. Dans l'ancien droit, même après l'ordonnance de 1673, la commandite n'avait pas de raison sociale et ne devait pas en avoir; elle agissait au dehors sous le nom seul du commandité, et rien n'annonçait aux tiers le crédit d'une société. Elle était donc une affaire occulte, entre le commandité, seul connu du public, seul en rapport avec lui, et le commanditaire, que le public n'avait pas à connaître. Aussi, les auteurs s'accordaient-ils à dire que les tiers, ayant contracté avec une personne privée dont ils avaient suivi la foi, ne devaient pas être admis à demander leur garantie à un crédit sur lequel ils n'avaient pas dû compter. Et l'on conçoit qu'en cet état, l'action directe contre les commanditaires fût refusée aux créanciers de la société.

Mais aujourd'hui, la société en commandite n'existe plus que sous une raison sociale qui la révèle au public : c'est la disposition formelle de l'art. 23 du Code de commerce. Par là même, les tiers sont avertis

---

(1) Rej., 28 févr. 1844 (deux arrêts) et 25 juin 1846 (S.-V., 44, 1, 692; 46, 1, 777; Dall., 44, 1, 145; 46, 1, 308; *J. Pal.*, 1844, t. II, p. 644; 1846, t. II, p. 488); Req., 24 juin 1861 (S.-V., 62, 1, 185; *J. Pal.*, 1862, p. 775; Dall., 61, 1, 425); Cass., 6 nov. 1865 (S.-V., 66, 1, 109; *J. Pal.*, 1866, p. 275; Dall., 65, 1, 479); Paris, 23 févr. 1833 et 6 déc. 1850 (S.-V., 33, 2, 303, et 50, 2, 638; Dall., 33, 2, 119, et 51, 2, 20); Aix, 13 août 1860 (S.-V., 61, 2, 147; *J. Pal.*, 1861, p. 746); Lyon, 2 févr. 1864 (S.-V., 65, 2, 259; *J. Pal.*, 1865, p. 1015).

(2) Req., 30 juill. 1851 (S.-V., 51, 1, 696; *J. Pal.*, 1852, t. II, p. 389; Dall., 52, 1, 22).

(3) Cass., 9 févr. 1864 (S.-V., 64, 1, 137; *J. Pal.*, 1864, p. 443). *Comp.* Cass., 14 avr. 1869 (*J. Pnl.*, 1870, p. 156).

qu'ils vont traiter, non plus avec une personne privée agissant exclusivement en son nom, mais avec l'être moral lui-même, avec une société dont l'actif est devenu leur gage. De là déjà s'induit l'obligation de tous les associés vis-à-vis des tiers. C'est l'application même de l'art. 1864 du Code civil, lequel pose en principe que, vis-à-vis des tiers, la stipulation *que l'obligation est contractée pour le compte de la société* lie la société entière lorsque les associés *ont donné pouvoir à l'associé contractant*. En effet, les deux conditions se trouvent ici réunies : 1° le pouvoir virtuellement donné à l'associé gérant d'agir au nom de la société; 2° l'apposition de la signature sociale, laquelle par elle-même implique stipulation que l'engagement est pour le compte de la société.

La loi commerciale vient ensuite qui montre le commanditaire obligé envers les tiers de la même manière que l'associé en nom, sauf la limitation de son engagement au montant de sa mise. Les art. 55 et 56 de la loi du 24 juillet 1867, substitués désormais à l'art. 42 du Code de commerce, exigent la publication, tant par dépôt de l'acte constitutif que par extrait dans les journaux, *de toute société commerciale*, par conséquent de la société en commandite comme de toutes autres. Et l'art. 57 de la même loi, reproduisant l'art. 43 du Code de commerce, dispose que l'extrait publié devra contenir, entre autres indications, non-seulement le montant du capital social, mais encore le montant des valeurs *fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires* (*suprà*, n° 1161). Or, que signifierait la publicité ainsi organisée si les tiers n'avaient pas un droit personnel contre les commanditaires dont la mise ne serait pas complétement effectuée? Pourquoi porter à la connaissance du public le montant de la mise faite ou à faire par chacun des commanditaires, si les stipulations à cet égard sont sans intérêt pour les tiers et ne concernent que les associés entre eux? Pourquoi cette publicité, en un mot, et que signifie-t-elle, si on ne la considère pas comme indicative de la pensée de soumettre le commanditaire en défaut à l'action directe des créanciers sociaux? La Cour de cassation ne s'y est pas trompée. Et si, comme nous l'avons constaté, elle n'a eu à statuer que dans des espèces où l'action directe avait été exercée après dissolution de la société par la faillite, elle a dit pourtant, dans ses arrêts, « que les tiers qui traitent avec la société sont censés suivre non-seulement la foi personnelle des associés responsables et solidaires, mais encore celle des capitaux engagés à titre de commandite; qu'un tel contrat renferme virtuellement, de la part du commanditaire, auquel tout acte de gestion est interdit, un mandat donné aux associés gérants de les obliger envers les tiers jusqu'à concurrence du fonds qu'ils ont mis ou qu'ils se sont engagés à mettre dans la société; que les tiers qui contractent avec la raison sociale ont réellement la société pour débitrice, savoir les associés gérants indéfiniment, et les associés commanditaires, jusqu'à concurrence du montant de la commandite; et que l'obligation ainsi limitée à l'égard de ces derniers engendre nécessairement

m droit et, par conséquent, une action utile au profit des tiers... » (1) La question est par là résolue en principe, en thèse générale. L'action lirecte, on peut le dire, est dans la pensée de la Cour comme elle est lans le vœu de la loi : en toute hypothèse, donc, soit que la société ait ris fin par la faillite ou par une liquidation judiciaire, soit qu'elle existe t soit *in bonis*, les tiers, créanciers de la société dont le capital social onstitue la garantie principale, puisent dans leur qualité même le droit l'agir directement et en leur nom contre les commanditaires pour les ontraindre à effectuer leur mise ou à en compléter le versement (2).

1451. Est-ce à dire que le commanditaire, débiteur de tout ou partie le sa mise, ne pourrait pas opposer en compensation la créance qu'il urait lui-même contre la société? Il est évident, dit M. Troplong, que e commanditaire, s'il n'est débiteur de sa mise qu'envers le gérant, et, ar suite, si les créanciers sociaux ne sont admis à agir contre lui que ar la voie oblique de l'art. 1166, *pourra compenser avec le gérant ce ue celui-ci lui doit;* et, dès lors, que deviendra le capital social promis ux tiers? C'est là une garantie qui ne serait pas sérieuse *sans le secours le l'action directe, seule éversive des fraudes et des compensations* (3). ous plus d'un rapport, cette appréciation manque d'exactitude. D'une art, même en supposant les créanciers sociaux réduits à l'action oblique de l'art. 1166 du Code civil, il est certain que le commanditaire, *lébiteur de sa mise envers la société,* ne pourrait pas opposer en compensation la créance qu'il aurait *contre le gérant personnellement* (4). ar il n'y aurait pas alors cette identité de personnes, cette réciprocité le dettes ou de créances qui, dans les termes de l'art. 1289 du Code ivil, constitue la condition essentielle de la compensation. En sorte ue les créanciers sociaux n'auraient pas besoin du secours de l'action lirecte pour écarter l'exception de compensation que le commanditaire n retard de verser sa mise prétendrait leur opposer en ce cas. D'une utre part, il est certain, en sens inverse, que les créanciers sociaux, nême investis de l'action directe et agissant contre le commanditaire ar cette voie, devraient s'arrêter devant l'exception tirée par celui-ci le ce que, débiteur de sa mise envers la société, il est en même temps réancier, non pas du gérant personnellement, mais de la société ellenême. L'obligation directe du commanditaire envers les créanciers soiaux ne fait pas qu'il leur doive rien au delà de sa mise; il peut leur pposer les payements par lui faits à la société, et, par suite, la comensation, qui n'est pas autre chose qu'un mode de payement. Il faut lonc le dire, pas plus que l'action oblique de l'art. 1166, l'action di-

---

(1) Voy. les deux arrêts du 28 février 1844, cités aux notes qui précèdent.

(2) Cette solution, que nous avons soutenue ailleurs (*Rev. de législ.*, t. XX, p. 352 t suiv., et *Rev. crit.*, t. I, p. 390 et suiv.), est consacrée, en Belgique, par la loi du 8 mai 1873. Voy. le *Comment. législ. et doctr.* de M. Waelbroeck (p. 53 et suiv.).

(3) Voy. M. Troplong (*Soc.*, no 842).

(4) « Si unus particularis sit creditor unius ex sociis alicujus societatis, et sit etiam debitor societatis, non potest hoc debitum quod habet cum societate compensare cum credito quod habet contra dictum socium. » Scaccia (*De Comm. et Camb.*, § 6, l. 1, n° 95.)

recte ne serait éversive d'une compensation qui, se présentant ici dans ses conditions constitutives, ne pourrait pas n'être pas autorisée en ce cas (*suprà*, n° 1448). — Toutefois, nous supposons la société existante et *in bonis*. Dans une espèce où les créanciers sociaux exerçaient l'action directe après dissolution de la société par la faillite, il a bien été décidé que le commanditaire ne devait pas être admis à compenser sa dette avec la créance qu'il avait contre la société (1). Mais cela tient à une règle spéciale au cas de faillite, c'est que le rang de tous les créanciers est fixé par la faillite : la compensaiton légale ne peut donc plus s'opérer au profit d'un seul, en ce qu'elle aurait lieu au préjudice des droits acquis aux autres.

III. — 1452. Ce n'est pas tout que le commanditaire réalise le versement de sa mise. Il faut que la mise versée reste engagée dans la société, et y demeure soumise à toutes les chances de l'affaire sociale. L'obligation du commanditaire est restreinte, sans doute, en ce sens qu'en principe, elle n'engage aux dettes de la société que jusqu'à concurrence des sommes versées ou promises; mais, dans cette mesure, l'obligation est rigoureuse; le commanditaire ne saurait donc s'en affranchir, ni en être relevé. Ainsi, serait nul et sans effet l'acte du gérant qui, même par voie de transaction, consentirait la retraite d'un ou de plusieurs commanditaires : ces derniers, nonobstant leur retraite, resteraient, comme commanditaires, obligés tant envers les tiers qu'envers la société (2). De même, serait nulle et sans effet toute convention qui, intervenue entre le gérant et des actionnaires ou commanditaires, aurait pour résultat soit d'affranchir ces derniers de l'obligation de verser tout ou partie du montant de leur commandite, soit de leur procurer le remboursement des sommes qu'ils auraient versées : les commanditaires n'en seraient pas moins tenus soit d'effectuer les payements à faire, soit de rapporter les sommes dont ils auraient été remboursés (3). C'est qu'en effet, les mises versées ou promises deviennent la propriété de la société et n'en peuvent pas être distraites par le fait du gérant; elles sont en même temps le gage annoncé aux tiers par les statuts, et il ne saurait être rien fait qui en diminue l'importance : tel est le principe.

1453. Il en a été fait des applications fréquentes et variées. Spécialement, il a été jugé que ni le gérant, ni le liquidateur d'une société, n'ont le pouvoir d'annuler les engagements résultant des souscriptions d'actions, et de restituer aux souscripteurs le montant d'à-comptes par eux versés (4); que les créanciers de la société, et, en cas de faillite, les

(1) Voy. les arrêts déjà cités du 28 février 1844. *Junge :* Rej., 8 avr. 1845 (S.-V., 45, 1, 590; Dall., 45, 248).
(2) Req., 12 avr. 1842 (S.-V., 42, 1, 417; *J. Pal.*, 1842, t. I, p. 545).
(3) Voy., outre l'arrêt déjà cité du 6 novembre 1865, Cass., 18 févr. 1868 (Dall., 68, 1, 503; *J. Pal.*, 1868, p. 609; S.-V., 68, 1, 241); Rej., 14 déc. 1869 (Dall., 70, 1, 179; *J. Pal.*, 1870, p. 387; S.-V., 70, 1, 165); Paris, 3 juin et 9 juill. 1856 (S.-V., 56, 2, 641; *J. Pal.*, 1857, p. 54).
(4) Paris, 16 janv. 1862 (Dall., 62, 2, 184). Voy. aussi Cass., 9 août 1869 (Dall., 69, 1, 404; *J. Pal.*, 1870, p. 38; S.-V., 70, 1, 25).

syndics qui les représentent, peuvent, alors que le gérant a accepté des actions dépréciées de la société en payement des sommes dues par un actionnaire, réclamer à celui-ci la différence entre le prix de ces actions au taux d'émission et leur valeur réelle au jour de la dation en payement (1). De même, il n'y aurait à tenir compte ni de la stipulation qui, contrairement aux prescriptions de l'art. 1855 du Code civil, affranchirait de la contribution aux pertes la somme mise par un commanditaire dans le fonds de la société, ni de l'abandon qu'un actionnaire ferait au gérant d'actions non entièrement libérées pour être dispensé de compléter le versement (2). Si parmi ces stipulations ou conventions diverses il en est, par exemple l'exonération partielle des pertes, qui peuvent être considérées comme valables dans les rapports des associés entre eux (*suprà*, nos 449 et suiv.), il est certain que toutes doivent rester sans effet vis-à-vis des tiers, en ce que toutes elles ont directement ou indirectement pour effet l'amoindrissement des mises sociales, et, par conséquent, la diminution d'un capital qui est et doit rester tout entier le gage des créanciers de la société.

1454. Cet effet peut s'attacher à beaucoup d'autres stipulations. On chercherait vainement à les prévoir toutes. Il en est deux pourtant que nous signalerons en terminant sur ce point.

La première est parfois insérée dans les statuts de la société, lorsque la mise des actionnaires ou commanditaires, au lieu d'être immédiatement et intégralement fournie, doit être versée par fractions à des époques fixées par avance ou à déterminer ultérieurement. Il peut être stipulé alors que l'actionnaire ou le commanditaire qui n'effectuerait pas les versements aux époques fixées serait déclaré déchu de ses droits et perdrait, avec ses actions, les sommes qu'il aurait déjà versées dans la caisse sociale. Cette clause, dont nous avons eu à parler dans le titre premier, en nous occupant de la constitution des sociétés, nous a paru, comme à la généralité des auteurs, sans efficacité, même dans les rapports des associés entre eux, en ce sens qu'elle pourrait tout au plus valoir comme clause pénale, en sorte que la société serait toujours en droit de poursuivre contre le débiteur l'exécution de l'obligation principale, au lieu de demander la peine stipulée (*suprà*, n° 882). A plus forte raison, une telle stipulation, même publiée, serait-elle non opposable aux tiers, créanciers de la société. Ainsi a décidé la Cour de Lyon dans une espèce où, après la faillite de la société, un commanditaire, excipant de la clause précitée contre le syndic agissant au nom de la masse, prétendait s'affranchir de l'obligation de faire les versements non encore effectués en abandonnant les sommes qu'il avait déjà versées. Évidemment, a dit le Tribunal de commerce de Lyon, dont la Cour a adopté les motifs, « cette clause pénale n'est relative qu'aux associés entre eux ; la société peut bien devenir propriétaire des versements faits par les associés qui n'effectueraient pas les suivants et dans les cas pré-

(1) Voy. Rennes, 31 déc. 1867 (Dall., 70, 2, 14).
(2) *Comp.* Req., 9 mai 1865 (Dall., 65, 1, 277; *J. Pal.*, 1865, p. 884; S.-V., 65, 1, 348).

vus, mais à la charge de faire elle-même les versements subséquents dans la caisse sociale, attendu qu'elle ne peut avoir le droit d'anéantir le gage des tiers, ni de libérer un associé de ses engagements envers ceux-ci...» Et la Cour ajoute qu'attribuer à la clause le sens supposé par l'actionnaire récalcitrant, ce serait admetre « que le capital à fournir pour chaque action souscrite, quoique fixé par les statuts sociaux et devant être le même pour toutes, pourrait, après la faillite, être amoindri arbitrairement au gré de chaque actionnaire, tandis qu'il est manifeste, au contraire, que tous indistinctement se trouvent obligés envers les créanciers de la société jusqu'à concurrence de l'entier capital des actions par eux souscrites...» (1)

1455. La seconde stipulation, à l'occasion de laquelle s'est produit un désaccord marqué entre la doctrine et la jurisprudence, est relative à l'attribution d'intérêts aux actionnaires ou commanditaires.

Il ne s'agit pas, bien entendu, de savoir si, en principe, le commanditaire qui a placé ses fonds dans la société a droit à l'intérêt des sommes qu'il a versées. Tout le monde est d'accord sur ce point. Le commanditaire, quoique simple bailleur de fonds, est partie contractante dans la société : il est un associé véritable (*suprà,* n° 1422). Comme tel, il a droit à sa part dans les bénéfices que réalisera la société pendant son existence (*infrà,* n° 1476); mais, en principe, il ne saurait avoir droit à des intérêts qui, alors qu'il n'y a pas encore de profits, ne pourraient lui être servis que par prélèvement sur le capital. Or, prendre sur le capital pour servir un intérêt quelconque, c'est, dit justement M. Vincens, « contrevenir à la règle fondamentale des sociétés : en général, l'associé ne peut soustraire aucune partie de sa mise sociale, et il ne doit pas diminuer le fonds capital sous prétexte de distribution d'intérêts.» (2)

D'un autre côté, à l'instant où il se constitue commanditaire, l'associé fait abandon de son apport à la société, qui en devient propriétaire, et qui, par cela même, ne saurait être tenue de payer un loyer (3). On admet donc, sans aucune difficulté, que, dans le silence des statuts, le gérant ne doit et ne peut pas payer aux actionnaires ou commanditaires l'intérêt de leur argent, et que le payement d'intérêts devrait être considéré comme une distribution anticipée de dividendes, lesquels, à défaut de bénéfices réalisés ultérieurement, constitueraient des dividendes fictifs et seraient soumis aux règles que nous aurons bientôt à exposer (*infrà,* n°s 1483 et suiv.).

1456. Mais il arrive fréquemment que les statuts sociaux consacrent, par une clause formelle, un prélèvement d'intérêts au profit des actionnaires ou commanditaires. C'est là une clause dont l'usage remonte à la création de ces grandes compagnies industrielles qui, formées en vue d'exécuter d'immenses travaux, ne peuvent commencer leur exploita-

(1) Voy Lyon, 31 janv. 1840 (*J. Pal.*, année 1840, à sa date).
(2) Voy. M. Vincens (*Soc. par act.*, p. 40).
(3) Voy. Orléans, 20 déc. 1860 (S.-V., 61, 2, 291; *J. Pal.*, 1861, p. 1035; Dall., 61, 2, 1); Rennes, 25 août 1863 (S.-V., 64, 2, 63; *J. Pal.*, 1864, p. 539).

tion et en retirer des profits qu'après une très-coûteuse et très-longue préparation. Il était permis de craindre que ces compagnies ne trouvassent pas des souscripteurs si les fonds mis à leur disposition devaient rester improductifs jusqu'au jour indéterminé et nécessairement éloigné où, le matériel étant prêt et l'exploitation organisée, la société pourrait fonctionner. Aussi l'usage s'est-il établi, dans les sociétés qui au début n'ont guère que des dépenses à faire, de créer des coupons distincts d'intérêts et de dividendes, et de stipuler, par une clause spéciale des statuts, que les associés bailleurs de fonds recevront annuellement, à partir du versement de leur mise, un intérêt de 4, de 5 ou de 6 pour 100, et que les bénéfices de la société se composeront de l'excédant de son actif sur son passif après le prélèvement des frais et des charges sociales, au nombre desquelles est l'intérêt promis aux associés. Ceci, on le voit, revient à dire que, même en l'absence de bénéfices constatés, des intérêts seront servis aux actionnaires ou commanditaires sur le capital.

Or, une telle clause est-elle licite et peut-elle être utilement stipulée même vis-à-vis des tiers? C'est là seulement ce qui a été mis en question; et sur ce point s'est élevé une controverse qui, quoi qu'on en ait pu dire (1), subsiste encore après la loi du 24 juillet 1867. On y avait songé, en 1838, dans la préparation de ces projets de réforme qui, on le sait, ne purent pas aboutir. La clause était déjà dans la pratique; le gouvernement la laissait passer dans les statuts des sociétés anonymes, soumises alors à la nécessité de l'autorisation; le conseil d'État l'autorisait expressément, sinon toujours et pour toutes les compagnies, au moins pour celles qui, pendant les premières années de leur formation, n'avaient pas de profits à espérer (2). La commission de la Chambre des députés était, cependant, d'avis que, pour prévenir le retour de graves abus signalés dans le rapport de M. Legentil, il fallait « faire connaître d'avance aux actionnaires qu'ils n'avaient droit qu'à la répartition de bénéfices nets constatés par inventaire, *ce qui excluait même tout payement à titre d'intérêt.* » Et, en effet, l'art. 23 du projet amendé par la commission exprimait que, « dans toute société par actions, *aucune répartition ne pourrait être faite aux actionnaires, sous quelque dénomination que ce soit,* que sur les bénéfices nets constatés par les inventaires qui auront été dressés soit par les administrateurs des sociétés anonymes, soit par les gérants des sociétés en commandite, et vérifiés dans la forme déterminée par la loi. » Puis, par une disposition additionnelle que nous retrouverons plus loin (*infrà*, n° 1486), il était dit que toute répartition faite sans inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire serait sujette à rapport (3).

(1) Voy. MM. Rivière (*Sur la loi du 24 juillet 1867*, n° 104), Dolez (p. 218).

(2) « Pareille chose, dit M. Alfred de Courcy, a été autorisée pour la Compagnie de l'isthme de Suez, laquelle n'aura guère payé moins de cent millions de francs de dividendes fictifs, sous le nom d'intérêts, avant de commencer son trafic. » (*Soc. anon.*, p. 163.)

(3) C'est le système aujourd'hui consacré en Belgique. L'art. 21 de la loi du 18 mai 1873 déclare, en effet, que l'associé commanditaire peut être contraint par les tiers à

Mais il n'y a rien de semblable dans la loi actuelle, et, en l'absence d'un texte expressément ou virtuellement prohibitif d'un prélèvement d'intérêts avant toute réalisation ou tout partage de bénéfices (1), nous tenons, quant à nous, que la clause des statuts qui le prévoit et l'autorise ou l'ordonne n'est nullement inconciliable avec les principes de la matière, que, par conséquent, elle est licite, et que, sauf le régulier accomplissement des formalités de la publication, elle est opposable aux tiers.

Les auteurs sont, en général, d'un avis contraire (2). Cependant notre solution, qui d'ailleurs n'est pas sans de très-forts appuis dans la doctrine (3), est désormais consacrée par la jurisprudence. Dans un premier arrêt, antérieur à la loi de 1867 et même à celle de 1856, la Cour de cassation a jugé que la clause en question n'a rien d'essentiellement contraire à la qualité d'associé commanditaire (4); et la Cour de Paris, suivant cette indication, a décidé que, lorsqu'aux termes des statuts chaque action donne droit, outre les dividendes, à des intérêts payables à des époques déterminées, le gérant ne peut se refuser à les payer sous le prétexte des embarras ou des besoins de la société (5). Plus tard, et sous l'empire de la loi de 1856, il est déclaré par la Cour de Lyon qu'on ne peut considérer comme distribution d'un dividende fictif la répartition aux actionnaires d'une somme par action à titre d'intérêt, alors que les statuts sociaux prescrivent le payement d'un intérêt avant tout dividende (6), et par la Cour de Caen que les actionnaires ne sont pas tenus à la restitution des sommes qui leur ont été payées à titre d'intérêts annuels de leur mise sociale, alors que ce payement était autorisé par les statuts comme charge sociale et indépen-

---

rapporter « *les intérêts* et les dividendes qu'il a reçus, s'ils n'ont pas été prélevés sur les bénéfices réels de la société. » Mais, dans le cas de fraude, mauvaise foi ou négligence grave de la part du gérant, le commanditaire, d'après le même article, peut poursuivre ce dernier en payement de ce qu'il aura dû restituer. Voy. le *Comment.* de M. Waelbroeck (p. 68 et suiv.).

(1) Il est vrai que, dans la discussion de la loi de 1867, le rapporteur de la commission du Corps législatif, après avoir expliqué la disposition de l'art. 10 relative à la *répétition des dividendes*, a ajouté : « Tout ce que nous venons de dire s'applique *aux intérêts* annuels reçus par les actionnaires... » (Tripier, *Comment. législ.*, t. I, p. 135.) Mais ce n'est là qu'une opinion personnelle; ce n'est pas la loi. D'ailleurs, nous verrons bientôt dans quelle mesure il convient d'admettre l'observation du rapporteur (*infrà*, nº 1490).

(2) Voy. MM. Pardessus (nº 1035), Delangle (nºs 361 et suiv.), Bravard et Demangeat (*Soc. comm.*, p. 216, à la note), Wolowski (*Soc. par act.*, p. 69), Vincens (*ibid.*, p. 40), Alauzet (nº 156), Bédarride (nºs 221 et suiv.), Beudant (Dall., 47, 1, 193, à la note), Rivière (*Loi de 1867*, nº 104), Alfred de Courcy (*Soc. anon.*, p. 155), Lombard (*op. cit.*, p. 115), Dolez (p. 213 et suiv.), Lescœur (nº 219). — Voy. aussi Rouen, 25 janv. 1841 (Dall., 41, 2, 173); Trib. de comm. de la Seine, 27 oct. 1856, et de Marseille, 30 mai 1859 (Dall., 59, 3, 24 et 68).

(3) Voy. MM. Troplong (*Soc.*, nº 191), Molinier (nºs 466 et 557), Ameline (*Rev. prat.*, t. XXIV, p. 442), Rataud (*Rev. crit.*, t. XXVI, p. 3 et suiv.), Vavasseur (nº 213), Mathieu et Bourguignat (nº 92), Sourdat (p. 167 et suiv.).

(4) Req., 19 mai 1847 (S.-V., 47, 1, 586; *J. Pal.*, 1847, t. II, p. 199; Dall., 47, 1, 199).

(5) Paris, 2 août 1855 (Dall., 56, 2, 31; S.-V., 55, 2, 633; *J. Pal.*, 1856, t. I, p. 109).

(6) Lyon, 8 juin 1864 (S.-V., 65, 2, 38; Dall., 65, 2, 197; *J. Pal.*, 1865, p. 226).

damment de toute réalisation de bénéfices (1). Ainsi décide également la Cour d'Angers, dont l'arrêt exprime, en outre, qu'il importe peu que la clause autorisant un tel payement n'ait pas été rendue publique par son insertion dans l'extrait de l'acte de société publié conformément aux art. 42 et suivants du Code de commerce (2). Et la Cour de cassation, saisie de nouveau par le pourvoi dirigé contre ce dernier arrêt, rejette ce pourvoi sur les deux points et déclare une fois encore « qu'en droit, la clause, consacrée par l'usage du commerce, n'a rien d'inconciliable avec les principes qui régissent la société en commandite. » (3)

Ces décisions, auxquelles il en faut ajouter d'autres encore que nous aurons à apprécier en traitant de la restitution des dividendes (*infrà*, n° 1490), sont, à notre avis, dans la vérité juridique. Elles se justifient, sinon par cette idée mise quelquefois en avant que le placement d'une somme d'argent donne droit à des intérêts, au moins par cette autre idée que les intérêts stipulés dans les termes de la clause en question constituent simplement une charge du capital. Il est bien certain que l'associé commanditaire qui porte ses fonds à la commandite ne fait pas un placement; il verse son argent dans le commerce, dans l'industrie, et, on l'a dit justement, le versement d'un capital dans l'industrie, s'il donne droit à des bénéfices, à des dividendes, n'est pas susceptible de produire des intérêts. Mais il est certain aussi que ce qui constitue le bénéfice dans l'industrie à laquelle le commanditaire s'est associé, c'est ce qui reste du produit de l'entreprise, déduction faite des frais et des charges qu'elle a dû supporter. Or, rien ne s'oppose à ce que l'acte social comprenne, dans ces frais et charges, l'intérêt des capitaux versés par les commanditaires. Cet intérêt est le loyer du capital que la société a consenti à payer et dont le payement a été la condition à laquelle l'associé a subordonné la réalisation de son apport. Il y a là une stipulation que protége le principe de la liberté des conventions. Vainement on objecte l'incompatibilité prétendue de cette stipulation avec la nature du contrat de société; vainement dit-on qu'un commanditaire est un associé et non pas un prêteur; qu'en toute hypothèse, un service d'intérêts, qu'il se produise en exécution ou en dehors des statuts, implique toujours et nécessairement, quand il ne peut pas y avoir des profits, l'obligation de prélever sur le capital social; qu'il constitue ainsi un remboursement partiel de la mise, et, par cela même, une tromperie vis-à-vis des tiers, dont le capital social tout entier est le gage et la garantie. Il est de la nature de la société en commandite, d'abord, que la mise des commanditaires soit effectuée, et qu'une fois versée elle reste soumise à toutes les chances, bonnes ou mauvaises, de l'affaire sociale. Voilà la règle qui s'induit de l'art. 1855 du Code civil. En quoi la clause d'intérêts dont il s'agit ici y porte-t-elle atteinte? Le capital commanditaire est de 100 000 francs, par exemple; il est reçu par la société sous la condition expresse, inscrite dans les statuts, de payer

(1) Caen, 16 août 1864 (Dall., 65, 2, 192; S.-V., 65, 2, 33; *J. Pal.*, 1865, p. 217).
(2) Angers, 18 janv. 1865 (S.-V., 65, 2, 211; *J. Pal.*, 1865, p. 857; Dall., 65, 2, 67).
(3) Rej., 8 mai 1867 (S.-V., 67, 1, 253; *J. Pal.*, 1867, p. 642; Dall., 67, 1, 193).

aux commanditaires qui l'ont fourni un intérêt annuel de 4 ou de 5 pour 100. La société fonctionne, et, un an ou deux ans après, elle tombe en faillite. Est-ce que la mise des commanditaires se trouvera par là affranchie de la contribution aux pertes? Non, évidemment. Si le commanditaire était un prêteur, un simple bailleur de fonds, il viendrait, comme les autres créanciers, figurer dans la masse pour la somme versée. Mais il est associé, et dès lors, atteint par le désastre commun, il perd sa mise, et ne peut même pas concourir avec les créanciers sociaux pour en recouvrer une partie quelconque. Il est ainsi pleinement satisfait à l'art. 1855 et au principe qui affecte le capital social à la garantie des créanciers de la société. Sans doute, ce capital peut, en raison de la charge dont il était grevé aux termes des statuts, être amoindri si le loyer à 4 ou 5 pour 100 en a été payé pendant plus ou moins de temps. Mais les tiers, les créanciers de la société, ne sauraient être admis à s'en plaindre, pourvu, d'ailleurs, que la clause des statuts ait reçu la publicité voulue par la loi.

Aussi faut-il dire que les arrêts précités de la Cour d'Angers et de la Cour de cassation ont dépassé la mesure en décidant que la clause en question est opposable aux tiers, encore qu'il n'en ait pas été fait mention dans l'extrait de l'acte de société, publié en exécution des art. 42 et 43 du Code de commerce (1). Il est vrai que l'art. 43 du Code de commerce, sous l'empire duquel la publicité résultait de la transcription, sur le registre du Tribunal de commerce, *d'un extrait de l'acte de société* et de son insertion dans un journal, ne mentionnait pas la clause d'intérêts parmi les énonciations à faire dans l'extrait. Et c'est là le fondement des arrêts de la Cour de cassation et de la Cour d'Angers. Mais cet art. 43 lui-même plaçait au nombre des indications qui devaient recevoir la publicité légale la *composition* du capital fourni et à fournir en commandite. Et, à l'exception des décisions précitées, tous les arrêts s'accordaient à dire qu'une clause dont l'effet était de grever le capital d'une charge réelle n'était opposable aux tiers qu'à la condition d'avoir été révélée par une mention spéciale dans l'extrait (2). Aujourd'hui, après la loi du 24 juillet 1867 qui a substitué à la transcription d'un simple extrait le dépôt *de l'acte même* (*suprà*, n° *1136*), en maintenant l'insertion dans un journal *d'un extrait* de l'acte constitutif, on se demandera seulement s'il est nécessaire que la clause d'intérêts, déjà écrite dans l'acte déposé, soit, en outre, mentionnée dans l'extrait publié par le journal. L'affirmative est certaine, à notre avis, et se justifie par les motifs mêmes qui ont fait considérer comme nécessaire l'énonciation dans l'extrait de la clause du pacte social autorisant la conversion en actions au porteur des actions nominatives (*suprà*, n° 1163). Aux termes de l'art. 57, l'extrait doit contenir « le montant

(1) Voy. les arrêts précités de la Cour d'Angers du 18 janvier 1865 et de la Cour de cassation du 8 mai 1867.

(2) Voy. notamment les arrêts précités des Cours d'Orléans (20 déc. 1860), de Rennes (25 août 1863), de Caen (16 août 1864), de Lyon (8 juin 1864). — *Junge*: MM. Troplong et Molinier (*loc. cit.*).

du capital social et le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires. » Évidemment, cette mention ne sera réelle et utile pour les tiers que si elle est accompagnée de l'indication des circonstances qui peuvent influer sur la constitution du capital social, et, par conséquent, de l'existence de charges dont l'effet est d'en diminuer l'importance.

En résumé donc, la clause des statuts par laquelle il est alloué aux commanditaires un intérêt annuel de leur mise sociale à partir du versement n'a rien d'illicite en elle-même, rien d'incompatible avec les principes essentiels de la société en commandite. Cet intérêt fait partie des frais généraux et se trouve ainsi compris dans les charges sociales; par suite, le gérant n'en doit et n'en peut pas refuser le payement tant que la situation de la société reste entière. Les tiers n'auraient à y redire qu'autant que la convention serait restée secrète entre les associés : la garantie, pour eux, serait alors dans le capital entier, dans le capital nominal de la commandite, et ils seraient fondés à exiger que rien n'en fût retranché. Mais la clause leur serait opposable, au contraire, si, avertis par une publicité régulière et complète, ils avaient su ou pu savoir, avant de traiter avec la société, que le capital social était éventuellement grevé d'un prélèvement possible d'intérêts.

IV. — 1457. Voyons maintenant comment et à quelles conditions l'associé commanditaire peut conserver l'avantage de n'être passible des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société (C. comm., art. 26). L'un des principes essentiels de la société en commandite, c'est que la gestion appartient exclusivement aux associés personnellement responsables et solidaires, c'est-à-dire aux associés en nom, aux commandités. C'est en conséquence de ce principe qu'un associé commanditaire ne peut pas laisser entrer son nom dans la raison sociale (C. comm., art. 25) sans perdre, par cela même, la position d'associé simple bailleur de fonds et devenir à l'instant personnellement et solidairement obligé (*suprà,* n° 1426). Par une autre conséquence de ce même principe, la loi devait faire un devoir au commanditaire de rester absolument étranger à l'administration ou à la gestion de la société. Et, en effet, l'art. 27 du Code de commerce lui interdit, sous la sanction édictée par l'art. 28, non pas seulement de gérer la société, mais même de faire des actes isolés de gestion. « En fixant les droits et les devoirs des commanditaires, ont dit les tribunaux sur la communication à eux faite du projet, en déclarant qu'ils ne peuvent gérer ni administrer pour le compte de la société, on a déterminé leur véritable caractère. En effet, si l'on ne maintient pas cette disposition, quelque sévère qu'elle paraisse, les associés commanditaires pourraient abuser de leur qualité sans s'exposer aux moindres dangers; cette espèce de société deviendrait un moyen de fraude... En admettant qu'un commanditaire puisse gérer et administrer, même en vertu d'une procuration, sans perdre son caractère, celui qui voudra en abuser en trouvera facilement les moyens. Il versera 20 000 francs

dans la société en commandite; il ne peut être garant d'une plus forte somme, et il n'est solidaire que jusqu'à concurrence. Il gère le commerce, il achète, il vend pour le compte de la société; ses entreprises sont d'autant plus hardies, d'autant plus hasardeuses, qu'en cas de faillite sa fortune et sa réputation ne seront pas compromises. Aussi, que lui importent les hasards et les chances du commerce? Ils sont tous pour lui; il les brave tous : s'il réussit, il en partage les profits; s'il échoue, il ne perdra que sa mise de fonds et se croira quitte envers les créanciers, même envers l'honneur.» (1) Les art. 27 et 28 sont édictés en vue de prévenir ou de réprimer ces abus.

1458. Ainsi, la loi a entendu protéger à la fois les tiers et la société elle-même : les tiers, contre l'erreur dans laquelle ils seraient facilement induits par le fait d'un associé qui, agissant pour le compte de la société, leur donnerait naturellement à penser qu'il est personnellement et indéfiniment responsable; la société, contre les dangers auxquels l'exposerait un gérant qui, n'ayant d'autre risque à courir que la perte de sa mise, pourrait l'engager témérairement dans de désastreuses entreprises et la conduire à la ruine. L'art. 27 du Code de commerce, statuant dans cette pensée de protection, implique une incompatibilité de droit entre la situation de l'associé commanditaire qui n'engage que sa mise et sa participation à la gestion de la société. Dans sa formule générale, cet article ne précise pas jusqu'où va cette incompatibilité: nous aurons à le rechercher tout à l'heure (*infrà*, nos 1460 et suiv.). Nous avons auparavant quelques points à constater.

Dans sa rédaction primitive, telle qu'elle fut soumise aux cours et tribunaux, l'art. 27 (art. 17 du projet) se bornait à interdire l'intervention directe et personnelle du commanditaire dans les actes extérieurs de gestion : « L'associé commanditaire, disait le projet, ne peut concourir comme gérant aux achats, ventes, obligations et engagements concernant la société.» A l'exception de quelques tribunaux de commerce qui se prononçaient pour la suppression de l'article, les cours et les tribunaux furent généralement d'accord pour en demander le maintien. Mais les uns proposaient de restreindre la prohibition, et spécialement d'autoriser les commanditaires à concourir à la gestion en vertu d'un mandat spécial, tandis que d'autres voulaient l'étendre, au contraire, y comprendre même les actes intérieurs, et interdire au commanditaire d'agir soit personnellement, soit comme mandataire. A la suite de ces observations, l'art. 27 est passé dans le Code de commerce en ces termes : « L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de

(1) Analyse raisonnée des observations des tribunaux (voy. MM. Molinier, n° 506, et Bédarride, n° 244). — Quelques auteurs, néanmoins, considèrent les art. 27 et 28 comme contraires à la raison et comme consacrant une injustice. Selon eux, la loi, pour être équitable, aurait dû s'en tenir, après avoir interdit la gestion au commanditaire, à déclarer qu'en cas d'immixtion, il ne serait tenu que vis-à-vis des créanciers qui n'auraient pas connu sa qualité et seulement à raison des actes conclus dans ces circonstances. Voy. MM. Fremery (*Ét. de droit comm.*, p. 59 et suiv.), Lescœur (nos 191 et suiv.).

gestion, ni être employé pour les affaires de la société, *même en vertu de procuration.*» Sauf les mots « ni être employé pour les affaires de la société », lesquels ont été retranchés par la loi du 6 mai 1863, modificative des art. 27 et 28 du Code de commerce (*infrà,* n° 1467), la formule de l'art. 27 reste la même aujourd'hui.

Dès lors, non-seulement l'associé commanditaire ne peut pas faire personnellement des actes de gestion, mais encore il ne peut pas servir d'intermédiaire pour des actes de cette nature et les faire comme mandataire et en vertu de la procuration du gérant. Il est vrai qu'en droit commun, l'acte fait dans ces conditions par le commanditaire serait, non pas son acte à lui-même, mais l'acte de son mandant, c'est-à-dire l'acte du gérant; il est vrai que la qualité manifestée de mandataire semble exclusive de l'équivoque et des méprises qu'il a été dans la pensée de la loi de prévenir. Mais une dérogation au droit commun était ici nécessaire pour fermer la porte à des abus et à des fraudes qui s'étaient déjà produits avec scandale dans le passé. Sous l'ancien régime, dit M. Bravard, quand il était permis aux commanditaires de prêter leur entremise aux gérants pour des actes de gestion, on vit des spéculateurs aventureux agir sous le nom et comme mandataires du gérant qu'ils avaient placé à la tête de la société, et diriger réellement la société comme fondés de pouvoirs de ce gérant, espèce d'éditeur responsable qui assumait seul la responsabilité des engagements contractés au nom de la société. Puis, quand il survenait une déclaration de faillite, les véritables directeurs de la société, ceux qui l'avaient poussée à sa ruine, en étaient quittes pour abandonner le gérant ostensible, homme sans solvabilité, aux poursuites des créanciers et au déshonneur d'une banqueroute désastreuse (1). La loi actuelle coupe court à de tels abus et en prévient le retour en déclarant que l'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, même en vertu de procuration.

1459. Tout acte d'immixtion fait par l'associé commanditaire, soit en son nom, soit comme mandataire, le ferait donc déchoir de sa situation privilégiée et le placerait sous le coup des sanctions établies par l'art. 28, dont l'explication va suivre (*infrà,* n°s 1469 et suiv.). Mais il faut supposer la société existante. Il est bien évident que, la société une fois dissoute, il ne saurait être question d'actes de gestion; il n'y a plus lieu alors qu'à liquider le passé, et, incontestablement, le commanditaire qui prendrait part à cette liquidation ne ferait pas en cela acte d'immixtion. La Cour de cassation juge même que le fait de la part d'associés commanditaires de concourir aux actes ayant pour objet *la dissolution de la société et la reconstitution d'une société nouvelle* ne constituent pas des actes d'administration qui les rendent solidairement responsables (2); et, plus encore, que les commanditaires qui, après la dissolution de la société, sont chargés de la liquidation, et en même temps de la continuation, jusqu'à la fin de la liquidation, des opéra-

(1) M. Bravard (*Soc. comm.*, p. 92 et 93). — Voy. aussi MM. Troplong (n° 422), Delangle (n°s 379 et suiv.), Bédarride (n° 244).
(2) Req., 26 déc. 1842 (S.-V., 43, 1, 404).

tions sociales, ne peuvent être considérés comme ayant fait en cela acte d'administration (1).

1460. Ces points précisés, voyons quels sont les actes qui peuvent ou doivent être considérés comme actes d'immixtion ou de gestion dans le sens de l'art. 27 du Code de commerce. La question s'est posée dans la discussion de la loi précitée de 1863, substituée aujourd'hui aux textes primitifs du Code de commerce. « On demande, a dit M. Duvergier, commissaire du gouvernement, ce que c'est que faire un acte de gestion. Je réponds, avec tous les jurisconsultes et tous les praticiens : Ce n'est que dans chaque espèce que l'on peut déterminer ce qui constitue l'acte de gestion proprement dit. Cependant, je pense que l'on fait acte de gestion réelle quand on agit en maître, quand on oblige la société envers les tiers ou quand on fait des actes qui obligent les tiers envers la société. Voilà ce que c'est qu'un acte de gestion, dans la généralité des termes. Eh bien, celui qui, étant commanditaire, fait, même en vertu de procuration, des actes obligatoires pour la société envers les tiers, ou obligatoires des tiers envers la société, compromet sa position de commanditaire; il se donne l'apparence et les libertés d'un gérant. » (2) Le conseil d'État avait dit de même, par un Avis interprétatif auquel nous reviendrons bientôt (*infrà,* n° 1468), « que les art. 27 et 28 du Code de commerce ne sont applicables qu'aux actes que les associés commanditaires font, *en représentant comme gérants la maison commanditée,* même par procuration. » (3) Et c'est de cette formule même que la doctrine et la jurisprudence semblent s'être inspirées pour établir une distinction qui, si elle ne coupe pas court aux difficultés d'application, fait au moins apparaître une théorie nette et précise : nous voulons parler de la distinction entre les actes *extérieurs,* c'est-à-dire ceux qui mettent l'associé en rapport avec les tiers comme représentant la société, et les actes qui, renfermés dans le sein de la société, peuvent être considérés comme actes de gouvernement intérieur. L'associé commanditaire peut concourir aux actes de cette dernière catégorie sans cesser d'être commanditaire et de jouir des avantages attachés à cette qualité (4). Il doit s'interdire rigoureusement les premiers, s'il veut ne pas compromettre sa situation privilégiée (5).

(1) Req., 17 avr. 1843 (S.-V., 43, 1, 595; *J. Pal.*, à sa date).

(2) Voy. S.-V., Lois annotées (1863, p. 18, note 3).

(3) Avis du 29 avril 1809. Il est rapporté à sa date dans le Complément des Codes Rivière (Lois usuelles, p. 148).

(4) Il a été jugé, en ce sens, qu'il n'y a pas acte de gestion dans le fait de prendre part à des mesures de précaution et de surveillance à l'intérieur de la société : Req., 29 juin 1858 (S.-V., 59, 1, 483; *J. Pal.*, 1859, p. 1203; Dall., 58, 1, 455); Cass., 24 mai 1859 (S.-V., 59, 1, 918; *J. Pal.*, 1860, p. 169; Dall., 59, 1, 242); ni dans le fait d'être le correspondant de la société, lorsqu'on ne s'attribue pas les pouvoirs du gérant et qu'on est simplement agent ou intermédiaire : Req., 9 févr. 1864 (S.-V., 64, 1, 237; *J. Pal.*, 1864, p. 237; Dall., 64, 1, 138); ou de donner mandat à un tiers de contrôler les livres et de suivre la trace des opérations : Poitiers, 22 mai 1854 (S.-V., 55, 2, 532; *J. Pal.*, 1855, t. I, p. 547; Dall., 55, 2, 133).

(5) Ainsi, il y a immixtion dans le fait d'un associé commanditaire, dans une société ayant pour but la publication d'un journal, de diriger le service des employés, donner des ordres aux ouvriers pour la distribution et l'arrangement des locaux occupés par l'administration, de traiter avec le papetier et de se mettre en rapport avec

1461. Cette distinction est assurément raisonnable, et, en théorie, elle semble absolument irréprochable. Toutefois, nous l'avons dit, on peut, dans bien des cas, rencontrer des difficultés dans l'application. Il est bien certain, par exemple, que les commanditaires peuvent, sans faire acte d'immixtion, prendre part à des délibérations touchant tels ou tels actes faits ou à faire par le gérant. Ainsi, un gérant veut mettre sa responsabilité à couvert au moment d'accomplir un acte qui, bien que rentrant dans ses pouvoirs, pourrait plus tard être critiqué comme dolosif par ses coassociés; il consulte les commanditaires, qui délibèrent et approuvent. Certes, la délibération ne constitue pas un acte de gestion (1), surtout si elle est prise à huis clos, en quelque sorte, et à l'écart des tiers (2).

Mais en serait-il de même s'il s'agissait d'un acte excédant les pouvoirs du gérant, par exemple l'aliénation d'un immeuble social, une constitution d'hypothèque, un acte, enfin, qui, ne pouvant être fait par le gérant, n'aurait de valeur vis-à-vis des tiers qu'à la condition d'être approuvé par les associés (*suprà*, n° 1363)? Quelques auteurs estiment que, l'acte recevant la vie du concours des associés, les commanditaires qui l'approuvent et l'autorisent font en cela acte d'immixtion (3). La Cour de Paris, appelée à statuer sur la question, s'est prononcée en sens contraire, « attendu qu'en signant les délibérations, les actionnaires se sont bornés à donner leur adhésion aux propositions du gérant tant pour la continuation des travaux déjà en voie d'exécution que relativement à l'emprunt et aux émissions d'actions qui en ont été la conséquence; qu'une sanction, ni une adhésion, ne sauraient constituer un acte de gestion dans le sens de la loi; que ce serait tout au plus, de la part des actionnaires, l'abandon de la responsabilité du gérant vis-à-vis d'eux-mêmes, mais non un acte de gestion qui devrait engager leur propre responsabilité vis-à-vis des tiers; que les art. 27 et 28 ont pour but d'empêcher l'associé irresponsable de se substituer à l'associé responsable, soit par une gérance apparente pour abuser les tiers, soit par une gérance réelle usurpée; et que, dans l'espèce, il n'y a rien de semblable... » (4) Cette solution, admise par la majorité des auteurs, est incontestablement préférable; l'adhésion pure et simple à un acte fait par le gérant, même en dehors de ses pouvoirs, ne saurait induire les tiers en erreur; contre ce fait ne s'élève aucun des motifs pour lesquels la loi a interdit aux commanditaires de se mêler à la gestion.

1462. Allons plus loin et supposons que les commanditaires soient appelés à prendre, *sur tous les actes importants* touchant la gestion,

---

l'imprimeur pour les besoins matériels de la société. Paris, 1er mars 1845 (Dall., 45, 2, 187; *J. Pal.*, 1845, t. I, p. 451).

(1) Voy. Lyon, 5 août 1843 (S.-V., 44, 2, 311; Dall., 43, 2, 176; *J. Pal.*, à sa date).

(2) Req., 23 mars 1846 (S.-V., 46, 1, 770; *J. Pal.*, 1846, t. II, p. 452).

(3) Voy. MM. Duvergier (*Rev. étrang.*, année 1842, p. 739), Malepeyre et Jourdain, p. 152), Delangle (n° 589).

(4) Paris, 4 janv. 1844 (S.-V., 44, 2, 71). — Voy. aussi MM. Pardessus (n° 1031), Troplong (*Soc.*, n° 424), Alauzet (n° 318), Bédarride (n° 245), Lombard (p. 66), Dolez (p. 203).

des délibérations obligatoires pour le gérant, ou qu'ils so ent autorisés à prescrire certains actes au gérant et à en interdire certains autres : perdent-ils leur qualité et leur situation privilégiée en usant du droit réservé par de telles stipulations?

MM. Malepeyre et Jourdain n'hésitent pas quant à la première. S'il avait été stipulé, disent-ils, que les questions importantes relatives à la gestion devraient être délibérées en conseil, et que ces délibérations obligeraient le gérant, il est évident que l'administration suprême appartiendrait à ce conseil, qui serait l'âme de la gestion, le gérant n'étant plus que le bras qui exécuterait, et qu'en conséquence, les commanditaires qui en feraient partie, avec voix délibérative, devraient être considérés comme solidaires (1). Sans nous attacher, quant à présent, au point de savoir si l'avis exprimé serait obligatoire pour le gérant (*infrà,* n° 1466), et nous arrêtant simplement à la question d'immixtion, nous tenons que la solution de MM. Malepeyre et Jourdain est trop absolue. On pourrait l'admettre, sans doute, si le conseil supposé intervenait journellement et prenait l'initiative sur les faits de chaque jour, sur tous les détails de l'entreprise. Il serait vrai de dire, alors, que le conseil serait l'âme de la gestion, que les commanditaires, intervenant dans les délibérations et y prenant une part active, feraient acte d'immixtion. Mais il n'en saurait être de même s'ils se réunissaient de loin en loin pour délibérer sur certaines affaires, pour exprimer leur avis sur les questions véritablement importantes. Il n'y a plus alors, a-t-on dit justement, de conseil permanent, ni d'initiative inquisitoriale, ni déplacement de l'action; les commanditaires ne se réunissent pas pour délibérer sur toutes les affaires; ils répondent à des questions soumises à leurs délibérations par l'initiative du gérant; chacun reste dans son rôle et dans ses attributions (2). Les tribunaux disent en ce sens « qu'une clause de cette nature est uniquement destinée à réglementer le régime intérieur de la société et n'affecte pas les rapports du gérant avec les tiers. » (3) On peut rattacher à cette jurisprudence les décisions d'après lesquelles il n'y a pas immixtion dans le fait de commanditaires qui, usant de la clause ci-dessus appréciée de révocabilité du gérant statutaire (n° 1457), nomment le gérant, le remplacent ou le destituent (4).

Quant à la seconde stipulation, la difficulté se résout également par une distinction. Si la faculté réservée aux commanditaires d'autoriser tels ou tels actes et d'en interdire tels ou tels autres apparaît comme un moyen de s'emparer de l'administration; si leur concours dégénère en une sorte de convention au petit pied, absorbant tous les pouvoirs dans sa main despotique (5), la commandite disparaît et les prétendus com-

(1) MM. Malepeyre et Jourdain (*Soc.*, p. 152).
(2) Voy. M. Troplong (*Soc.*, n° 429).
(3) Voy. Req., 29 juin 1858 (déjà cité). Voy. aussi Paris, 15 juill. 1862, rapporté avec Req., 21 déc. 1863 (S.-V., 64, 1, 229; *J. Pal.*, 1864, p. 772; Dall., 64, 1, 156).
(4) Voy. notamment Req., 5 janv. 1859 (S.-V., 60, 1, 444; *J. Pal.*, 1859, p. 221; Dall., 59, 1, 174), et 30 avr. 1862 (S.-V., 63, 1, 195; *J. Pal.*, 1863, p. 967; Dall., 62, 1, 527). Voy. aussi Paris, 14 nov. 1848 (S.-V., 48, 2, 687; *J. Pal.*, 1849, t. II, p. 198).
(5) M. Troplong (*ibid.*, n° 428).

manditaires sont des gérants ou des administrateurs véritables qui n'ont plus aucun droit aux avantages inhérents à une qualité qu'en fait ils ont abdiquée. Mais si le concours réservé aux commanditaires est sincèrement limité à des actes déterminés, si le droit de les consentir ou de les interdire est stipulé contre le gérant et pour le faire déclarer responsable en cas d'infraction, l'exercice de ce droit ne devra pas être considéré comme acte de gestion (1). Il y a donc là une question de fait à résoudre d'après les circonstances.

1463. Il en est, d'ailleurs, généralement ainsi. En toute hypothèse où des commanditaires sont recherchés comme s'étant immiscés, les juges du fond auront à dire si les faits allégués constituent l'immixtion. Il est admis, en jurisprudence, que leur décision à cet égard ne tombe pas sous le contrôle de la Cour de cassation : la chambre des requêtes l'a expressément décidé dans une espèce où il s'agissait d'apprécier, à ce point de vue, le caractère d'une délibération par laquelle des commanditaires avaient accepté la démission du gérant et avaient nommé un remplaçant dont ils avaient plus tard prorogé les pouvoirs. « Attendu, a dit la chambre des requêtes, que le rejet des conclusions principales prises par le demandeur en cassation est fondé sur des faits dont l'appréciation souveraine appartenait à la Cour. » (2) La chambre civile avait décidé, par un arrêt antérieur, que les juges du fond *avaient pu* déclarer qu'il n'y a pas immixtion dans le fait, par des commanditaires, d'autoriser le gérant à négocier de nouvelles actions, et de lui adjoindre l'un des commanditaires pour suivre la négociation (3).

Mais ajoutons que l'immixtion peut être établie par tous les moyens de preuve, même par la preuve testimoniale. Il s'agit ici de matières commerciales, et, en cette matière, on le sait, ce mode de preuve est de droit. Un amendement était produit, cependant, au conseil d'État, tendant à ce qu'il fût exprimé que, « dans le cas où un associé primitivement en commandite se serait immiscé dans la gestion des affaires sociales, la preuve même testimoniale d'un tel fait serait admissible, selon les circonstances. » L'amendement fut écarté comme inutile (4). Et, en effet, non-seulement, comme nous venons de le dire, la preuve testimoniale est de droit en matière commerciale, mais encore, même en restant dans les termes du droit commun, les faits d'immixtion pourraient incontestablement être prouvés par témoins. Le principe d'après lequel il doit être rapporté preuve écrite de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs souffre exception en cas de dol ou de fraude; or, l'immixtion par un commanditaire dans la gestion des affaires sociales constitue une fraude à la loi. Et, d'un autre côté, le principe souffre également exception quand il n'a pas été possible au créan-

(1) Voy. l'arrêt précité de la Cour de Paris du 15 juillet 1862, rapporté par les Recueils avec celui de la chambre des requêtes du 21 décembre 1863.
(2) Req., 6 févr. 1843 (Dall., 43, 1, 129).
(3) Rej., 6 mai 1835 (S.-V., 36, 1, 40). Voy. aussi Cass., 24 mai 1859 (S.-V., 59, 1, 918; *J. Pal.*, 1860, p. 169; Dall., 59, 1, 242).
(4) Voy. Locré (t. XVII, p. 197).

cier de se procurer une preuve littérale; or, c'est précisément le cas pour le tiers qui allègue des faits d'immixtion contre un commanditaire. A tous égards donc, on le voit, une disposition n'était pas nécessaire pour permettre l'emploi de la preuve testimoniale lorsqu'il s'agit d'établir l'immixtion (1).

V. — 1464. Il ne faut pas confondre avec les actes d'immixtion que l'associé commanditaire doit s'interdire pour ne pas encourir les sanctions que nous aurons bientôt à préciser (n°s 1469 et suiv.) certains agissements qui, d'après la rédaction première des art. 27 et 28 du Code de commerce, donnaient lieu à discussion, et qui, suivant la loi du 6 mai 1863, modificative de ces articles, peuvent être pratiqués par le commanditaire sans engager sa responsabilité.

1465. Un premier point, que les textes modifiés mettent hors de doute, c'est que les commanditaires peuvent impunément donner au gérant des avis ou des conseils, faire des actes de contrôle et de surveillance : « Les avis et les conseils, est-il dit dans le dernier paragraphe de l'art. 28, les actes de contrôle et de surveillance, n'engagent point les associés commanditaires. » Cette disposition, introduite dans l'art. 28 par un amendement de la commission du Corps législatif au projet proposé par le gouvernement, a consacré législativement des points qui, dans le silence de la loi, avaient pu être discutés. Il est vrai que, dès avant la loi nouvelle, la doctrine et la jurisprudence avaient fini par reconnaître aux commanditaires, outre ce droit particulier dont nous aurons à nous occuper bientôt, de contrôler et de surveiller la gérance (*infrà*, n° 1475), celui de donner des avis ou des conseils au gérant. Mais quelque rassurante que fût la jurisprudence à cet égard, elle pouvait laisser subsister une certaine inquiétude dans l'esprit des commanditaires, et, comme l'exprimait l'Exposé des motifs, le droit, soit de surveiller, soit de contrôler, qui leur appartient, pouvait s'en trouver compromis. La commission du Corps législatif s'est inspirée de cette pensée, et, pour rassurer les commanditaires, elle a proposé et fait admettre la disposition finale de l'art. 28. « Il est bon, a-t-elle dit, de proclamer législativement ce principe, qui rassurera les capitaux effrayés, et qui déterminera tant de gens, qui aujourd'hui se tiennent à l'écart, à accepter le rôle de commanditaire avec la certitude de pouvoir surveiller l'emploi de leurs fonds, vérifier les livres, la caisse, le portefeuille, les valeurs de la société, éclairer les résolutions des gérants de leurs lumières et de leurs conseils, sans pour cela encourir aucune déchéance, et sans devenir solidaires avec le gérant et avec les associés en nom collectif... » (2)

1466. Mais de ce que les commanditaires peuvent, sans engager leur responsabilité, donner des conseils ou des avis au gérant, s'ensuit-il que ces avis soient obligatoires pour ce dernier? En aucune manière. Les

---

(1) Voy. MM. Delvincourt (*Droit comm.*, t. II, p. 50), Pardessus (n° 1037), Molinier (n° 310), Malepeyre et Jourdain (p. 164), Persil (sur l'art. 27, n° 2), Troplong (n° 437), Delangle (n° 401), Bédarride (n° 257).

(2) Voy. le rapport de M. David Deschamps (S.-V., *loc. cit.*; Dall., 63, 4, 53).

auteurs de la proposition qui a passé dans la loi ne l'ont pas pensé. Se rattachant à l'opinion de Pardessus, d'après lequel les avis, les délibérations des commanditaires, *ne forment de lien qu'entre ceux-ci et le commandité,* et n'empêchent pas le gérant d'agir avec les tiers contrairement à ces avis, ils ont dit : « Nous n'avons pas demandé davantage, nous gardant bien de toucher à l'omnipotence du gérant, qui, responsable dans sa fortune et dans son honneur, doit être maître absolu de la direction de la société. Il est libre de suivre ou de rejeter les avis et les conseils que le commanditaire est autorisé à lui donner; par conséquent, il ne lui est pas plus permis de décliner la responsabilité de ses actes qu'il n'est permis aux tiers de la reporter sur le commanditaire, sous prétexte de contrainte, lorsqu'il n'y a pas de la part de ce dernier acte d'immixtion. Selon nous, l'intervention officieuse du commanditaire prête des forces au commandité, sans gêner ses mouvements; elle est un avertissement, un stimulant ou un frein, selon les circonstances, quelquefois un cri d'alarme; elle n'est jamais un ordre. » (1)

Est-il vrai, d'ailleurs, que, même dans les rapports du gérant et des associés commanditaires, les avis donnés par ces derniers créent un lien? C'est l'opinion de quelques auteurs, qui suivent en ce point celle de Pardessus, et en tirent cette conséquence que la méconnaissance par le gérant des conseils ou des avis qu'il aurait reçus pourrait être pour les commanditaires un motif soit de poursuivre le gérant en dommages-intérêts, soit de le révoquer (2). Nous n'irions même pas jusque-là, du moins en thèse générále. En droit, les conseils et les avis, sous quelque forme qu'ils soient donnés, par voie de délibérations spéciales ou autrement, ne sont pas légalement obligatoires pour le gérant. C'est à lui qu'il appartient d'agir; il reste et doit rester toujours maître de la gestion, sans que les conseils et les avis des commanditaires puissent rien enlever à la liberté qu'il a été dans la pensée de la loi de lui donner pour la direction des affaires sociales. Il s'induit justement de là que, vis-à-vis des tiers, ces avis ou ces conseils sont non avenus et sans effet, en ce sens que, même eussent-ils été méconnus, les tiers n'en ont pas moins la société pour obligée dès qu'ils ont traité avec le gérant. Il en faut conclure de même, les avis et les conseils, selon l'expression des rédacteurs de la loi, n'étant pas des *ordres* auxquels le gérant doive nécessairement se soumettre, qu'il n'y a pas de responsabilité encourue même vis-à-vis des commanditaires si, s'inspirant de l'intérêt de la société, et reconnaissant qu'il y aurait danger à suivre les avis de ces derniers, il agissait sans en tenir compte. « Comment forcer le gérant, dit exactement M. Bédarride, et sous peine de dommages-intérêts ou de destitution, à exécuter des opérations qu'il désapprouve? Comment le contraindre à courir des chances qu'il trouve trop hasardeuses?... Au gérant la direction supérieure et exclusive des affaires; aux commanditaires la faculté de donner des conseils, d'émettre des vœux. Or, re-

(1) Voy. le Rapport de M. David Deschamps (S.-V. et Dall., *loc. cit.*).
(2) Voy. MM. Troplong et Delangle (*loc. cit.*).

fuser de se rendre aux uns comme aux autres n'a jamais pu constituer un acte punissable aux yeux de la loi. » (1)

1467. Il est un autre point que la loi de 1863 a tranché, non plus par voie de disposition nouvelle, mais par voie d'abrogation. Dans sa rédaction primitive, l'art. 27 du Code de commerce interdisait aux commanditaires d'être employés pour les affaires de la société. L'interdiction est supprimée par la loi de 1863. « Le premier de nos amendements, a dit la commission du Corps législatif, a pour objet l'abrogation de l'art. 27 du Code de commerce, dans la partie qui interdit à l'associé commanditaire d'être employé pour les affaires de la société. Des usages commerciaux, résultant de la nécessité même, ont depuis longtemps créé un état de choses contraire à cette disposition de la loi. Un employé est d'autant plus exact, d'autant plus laborieux, d'autant plus dévoué, d'autant plus fidèle, qu'il est personnellement intéressé dans l'entreprise pour laquelle il travaille : aussi, presque toujours, l'obligation de prendre une part d'intérêt est devenue, pour les employés, une condition d'admission dans toute affaire commerciale. Cet usage, en soi, est excellent, ne présente aucun inconvénient particulier en matière de société en commandite, et il n'existait aucune raison de maintenir dans la loi une prohibition surannée, inutile et, partant, méconnue. Depuis longtemps, la doctrine et la jurisprudence étaient d'accord sur ce point. » (2)

Ainsi, l'associé commanditaire peut aujourd'hui être employé pour les affaires de la société. Toutefois, il reste toujours à fixer la mesure dans laquelle il peut s'employer à l'affaire sociale sans compromettre sa situation, sans perdre sa qualité. La loi de 1863, en retranchant du texte primitif de l'art. 27 la disposition prohibitive à cet égard, n'a pas résolu la difficulté. Et, par exemple, en ce qui concerne le commis intéressé, en vue duquel précisément le législateur de 1863 semble avoir voulu modifier la rédaction première du Code de commerce, il est bien certain qu'en principe, sa situation de commis intéressé dans la maison qu'il commandite ne le constitue pas par elle-même en état d'immixtion; et il n'y aurait plus à faire état aujourd'hui de l'opinion de quelques auteurs aux yeux desquels la prohibition primitivement écrite dans l'art. 27 paraissait absolue (3). Mais, pourtant, si son emploi dans la société le mettait en rapport direct avec les tiers, s'il était un instrument du gérant, s'il participait réellement à la gestion, il serait difficile de le traiter autrement que tout autre commanditaire qui se serait immiscé dans la gestion. Déjà, avant la loi de 1863, alors que par une transaction en quelque sorte indiquée par l'usage on avait admis que la prohibition alors écrite dans la loi n'impliquait pas défense pour un commanditaire d'être commis dans la maison qu'il commanditait, la doctrine et la jurisprudence y mettaient des restrictions et des réserves.

---

(1) Voy. M. Bédarride (n° 250).
(2) Voy. le rapport précité (S.-V. et Dall., *loc. cit.*).
(3) *Comp.* MM. Pardessus (n° 1030), Malepeyre et Jourdain (p. 151), Delangle (n° 400).

Elles tenaient que si l'associé commanditaire pouvait sans compromettre sa situation accepter des fonctions qui s'exerçaient à l'intérieur de la société (1), il en était autrement lorsque les fonctions à lui confiées le mettaient en rapport avec les tiers, et pouvaient donner à penser qu'il représentait la société comme gérant (2). Or, cette distinction, la loi de 1863 ne l'a pas supprimée. Elle a retranché de l'art. 27 l'interdiction faite à l'associé commanditaire de s'employer aux affaires de la société; mais elle a maintenu, en règle générale, «que l'associé commanditaire *ne peut faire aucun acte de gestion.*» Et, évidemment, le commanditaire que ses fonctions dans la société entraîneraient à faire des actes extérieurs, des actes de gestion, serait en état d'infraction à cette règle, et encourrait les sanctions édictées en vue d'en assurer l'observation.

La distinction, du reste, doit être généralisée, comme elle l'était avant la loi de 1863, et suivie non-seulement vis-à-vis des commanditaires employés par la société comme commis intéressés, mais encore vis-à-vis de ceux qui s'emploient de toute autre manière aux affaires sociales. D'après l'Avis du conseil d'État du 29 avril 1809, déjà cité, les actes qui tombaient sous la sanction de l'art. 28 étaient ceux « que les associés commanditaires feraient *en représentant comme gérant la maison commanditée,* même par procuration.» Et la jurisprudence, suivant cette indication, précisait « que si le commanditaire qui se livre à la gestion des affaires sociales s'expose par là à être considéré comme associé solidaire, cette transformation de la commandite ne peut résulter que d'engagements et de faits par lesquels le commanditaire aurait traité et agi *en se substituant aux associés gérants et en s'ingérant à leur place dans l'administration.*» Ce sont les termes d'un arrêt qui, en conséquence, décide que l'engagement, de la part d'un commanditaire, de favoriser les ventes et de faire en fabrique l'achat des marchandises qui ne seraient pas étrangères à son commerce particulier, peut, eu égard à l'intention des parties et aux faits postérieurs d'exécution, être considéré comme constituant, non un fait de gestion, mais une simple promesse de collaboration n'engageant, vis-à-vis des tiers, que le nom social (3).

Par là est virtuellement résolue la question qui s'est élevée et pourrait s'élever encore de savoir si un commanditaire peut faire des affaires pour le compte de la société en qualité de commissionnaire. Il y a cette différence entre le mandat civil que régissent les art. 1984 et suivants du Code civil et le contrat commercial de mandat, ou la commission, régi par les art. 94 et suivants du Code de commerce, que, dans le premier,

---

(1) Voy. Req., 15 mars 1847 (Dall., 47, 1, 155). *Comp.* Req., 29 mars 1843 (S.-V., 43, 1, 593).
(2) Voy. MM. Molinier (n° 503), Troplong (n° 436), Duvergier (*Rev. étrang.*, 1842, t. I, p. 425), Alauzet (n° 310), Bédarride (n° 254).
(3) Rej., 17 janv. 1855 (Dall., 55, 1, 259; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 372; S.-V., 55, 1, 90). Voy. aussi Paris, 25 avr. 1854 (S.-V., 56, 2, 167).

le mandataire agit non-seulement pour le compte, mais encore au nom du mandant qu'il oblige envers les tiers avec lesquels il traite sans s'obliger lui-même, tandis que, dans le second, la commission, le mandataire, agit pour le compte, mais non plus au nom du mandant; *il agit en son propre nom et s'oblige lui-même envers les tiers* (1). Il suit de là que si entre le représentant et le représenté les rapports sont généralement les mêmes dans le mandat et dans la commission, et doivent être réglés d'après les mêmes principes, il n'en est plus de même dans les rapports du représentant avec les tiers. Vis-à-vis de ceux-ci, le commissionnaire n'est autre chose qu'un commerçant ordinaire avec lequel ils traitent comme ils pourraient traiter avec tout autre commerçant. Il n'a pas à leur faire connaître son mandat, qu'il tient du commettant pour le compte duquel il fait l'affaire. C'est lui seul que les tiers connaissent; ils ne sauraient donc être admis à prétendre qu'ils ont été trompés, et qu'en traitant avec un commanditaire agissant en qualité de commissionnaire pour le compte de la société, ils ont pu croire qu'ils auraient la société pour obligée.

1468. Le commanditaire peut entrer, en son nom personnel et pour son compte, en relations d'affaires avec le gérant de la société, sans qu'on puisse dire qu'il fait en cela acte d'immixtion; il se place, par là, dans la situation de tout étranger qui traite avec la société. Des doutes, cependant, s'étaient élevés sur ce point immédiatement après la mise en vigueur du Code de commerce; ils ont été levés aussitôt par l'Avis interprétatif déjà cité du conseil d'État, en date du 29 avril 1809. Les art. 27 et 28, y est-il dit, « ne s'appliquent pas aux transactions commerciales que la maison commanditée peut faire pour son compte avec le commanditaire, et réciproquement le commanditaire avec la maison commanditée, comme avec toute autre maison de commerce. » (2) La doctrine et la jurisprudence se sont sans aucune difficulté conformées à cet Avis (3). Et ajoutons que, même vînt-il à faire ultérieurement un acte véritable d'immixtion qui le ferait tomber sous le coup de l'art. 28, l'associé commanditaire ne cesserait pas, pour cela, d'avoir action contre la société à raison des sommes qui lui seraient dues par suite des opérations personnelles et distinctes qu'il aurait faites avec elle (4). Seulement, il ne pourrait être payé sur l'actif social qu'après les autres créanciers de la société (5). C'est un effet nécessaire de la sanction attachée par la loi à l'immixtion du commanditaire dans la gestion, et dont nous avons maintenant à nous occuper.

---

(1) Voy. notre *Traité des Petits Contrats* (t. I, nos 827 et suiv.).
(2) Voy. cet Avis dans les Codes Rivière (*Lois usuelles*, p. 148).
(3) Voy. Colmar, 4 févr. 1819 (S.-V., Coll. nouv., à sa date), Bordeaux, 16 avr. 1832 et 29 août 1838 (S.-V., 33, 2, 133; 39, 2, 43; *J. Pal.*, 1839, t. I, p. 215, et t. II, p. 239; Dall., 39, 2, 68). *Junge* : Paris, 15 juill. 1862, rapporté avec Req., 21 déc. 1863 (S.-V., 64, 1, 229). Voy. aussi MM. Pardessus (n° 1030), Malepeyre et Jourdain (p. 259), Troplong (n° 434), Delangle (n° 382).
(4) Rej., 25 juin 1862 (S.-V., 62, 1, 955; Dall., 62, 1, 417; *J. Pal.*, 1863, p. 100).
(5) Douai, 21 févr. 1861 (S.-V., 61, 2, 289; *J. Pal.*, 1861, p. 1032).

VI. — 1469. La loi de 1863 a notablement adouci en ce point les dispositions primitives du Code de commerce. L'art. 28, dans sa rédaction telle que l'avaient admise les rédacteurs du Code de commerce, ne faisait aucune distinction. « En cas de contravention à la prohibition mentionnée en l'article précédent, portait-il, l'associé commanditaire est obligé solidairement avec les associés en nom collectif *pour toutes les dettes et engagements de la société.* » Ainsi, point de réserve : un acte isolé entraînait, aussi bien que des actes habituels d'immixtion, une responsabilité absolue, générale, complète, une responsabilité solidaire et indéfinie. Que l'acte d'immixtion fût grave ou sans importance, accompli avec ou sans intention frauduleuse, il n'importe : le commanditaire était, en toute hypothèse, obligé solidairement avec les associés en nom collectif pour toutes les dettes et engagements de la société. La sanction, évidemment, était excessive, d'autant plus que l'acte le plus insignifiant pouvait être taxé d'acte d'immixtion sous l'empire d'une législation qui n'avait encore consacré, en faveur des commanditaires, ni le droit de donner des avis et des conseils, ni le droit de contrôle et de surveillance. Aussi n'était-il pas rare de voir les tribunaux se montrer faciles dans l'appréciation des faits, et, pour ne pas prononcer des peines ou des responsabilités sans proportion aucune avec les actes dénoncés, se refuser à voir l'immixtion dans des agissements qui, au fond et en réalité, en pouvaient bien avoir le caractère. Le législateur de 1863 a ramené l'art. 28 du Code de commerce à des conditions plus équitables, et, en en tempérant la rigueur, il en a mieux assuré l'application. « En cas de contravention à la prohibition mentionnée en l'article précédent, y est-il dit, l'associé commanditaire est obligé, solidairement avec les associés en nom collectif, pour les dettes et engagements qui dérivent des actes de gestion qu'il a faits, et il peut, suivant le nombre ou la gravité de ces actes, être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement. »

1470. Ainsi, l'immixtion ne crée pas toujours et nécessairement la responsabilité solidaire et indéfinie ; en principe, le commanditaire, en cas d'immixtion, n'est obligé solidairement avec les associés en nom que pour les dettes et engagements de la société *dérivant des actes de gestion qu'il a faits.* Mais la responsabilité est forcée, nécessaire ; cela résulte de cette expression de la loi : « L'associé commanditaire *est obligé.* » La commission du Corps législatif aurait voulu que la responsabilité fût déclarée facultative même dans la première partie de l'article 28. « Elle avait pensé que réduire le pouvoir du juge à la simple constatation d'un acte de gestion, c'était enchaîner sa conscience ; que c'était l'exposer à rendre des décisions dont la rigueur irait parfois jusqu'à l'injustice, que de lui refuser l'appréciation des faits qui ont précédé et accompagné l'acte de gestion ; qu'en matière d'immixtion, les questions sont délicates, hérissées de difficultés ; et qu'ici plus que partout ailleurs, il faut s'en rapporter à la prudence du magistrat et lui laisser le droit de juger dans quel cas et dans quelle mesure il y a lieu

à responsabilité. » (1) Mais le conseil d'État n'ayant pas adopté l'amendement qui lui fut soumis en ce sens, la majorité de la commission s'est ralliée au projet du gouvernement. Il s'agit donc ici d'une responsabilité forcée, obligatoire. Le commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion *doit,* si son immixtion a été préjudiciable à un tiers, être déclaré responsable, solidairement avec le gérant et les associés en nom collectif, des suites de son acte d'immixtion. La mission des tribunaux est uniquement de constater si l'acte d'immixtion est certain, si le tiers a été lésé, si cette lésion est la conséquence directe de l'immixtion, et de préciser ensuite, par une sorte de ventilation qui en pratique pourra n'être pas sans difficultés, la mesure dans laquelle le commanditaire reconnu responsable sera solidairement engagé vis-à-vis du tiers *lésé.*

1471. La responsabilité sera facultative dans le cas où les agissements du commanditaire auraient été assez graves ou assez nombreux pour constituer une participation habituelle à la gestion. Mais en quel sens sera-t-elle facultative? C'est dans la mesure seulement, et nullement quant au principe. Cependant, dans la discussion de la loi de 1863, le rapporteur de la commission semble ne l'avoir pas entendu ainsi. A une observation dans laquelle on relevait un défaut de concordance entre ce cas et le précédent, il répondait : « Qu'est-ce que vous dit le projet? Vous ne devez pas faire d'acte de gestion. Si vous faites indûment un acte de gestion, vous êtes forcément responsable. Puis il ajoute : Si, sans faire un acte de gestion qui vous rendrait forcément responsable vis-à-vis des tiers, vous vous immiscez à la gestion ; si vous prenez l'habitude de mettre de côté le gérant; si le public voit cela; s'il trouve en vous un individu qui, n'étant pas gérant et n'étant que commanditaire, donne des ordres, fait des marchés; dans ce cas-là, alors même que vous n'auriez pas fait un acte de gestion, si l'acte que vous avez fait est préjudiciable à un tiers, *vous pouvez être responsable.* Ici, il y aura eu, dans vos habitudes, des actes, des faits, qui auront pu vous faire passer pour un gérant; *mais vous ne serez pas responsable de plein droit.* Les tribunaux pourront examiner si les résultats de cette habitude de faire certains actes qui ont pu tromper le public et vous faire prendre pour gérant *ne doivent pas vous rendre responsable; ils pourront examiner la question de savoir s'il y a lieu d'appliquer contre vous la responsabilité facultative.* Il est impossible de voir une anomalie dans ces deux cas, qui se concilient, au contraire, à merveille. » (2) Or, le texte modifié de l'art. 28 est exclusif, ce nous semble, de cette interprétation. Le législateur a voulu, par une distinction que ne comportait pas la rédaction première de cet article, établir une différence entre le cas où un commanditaire aurait fait un acte ou des actes isolés de gestion, et celui où il aurait fait des actes multiples et en quelque sorte habituels. Dans l'un et l'autre cas, le commanditaire, soit que sa qualité ait été ignorée, soit qu'elle ait été connue des tiers, a encouru une

(1) Voy. le rapport de M. David Deschamps (S.-V. et Dall., *loc. cit.*).
(2) Voy. S.-V., *Lois annotées de 1863,* p. 19, à la note.

responsabilité. Sans doute, il n'est pas responsable *de plein droit,* pas plus dans le premier que dans le second cas, en ce sens que la responsabilité doit être judiciairement prononcée. Mais, dans l'un aussi bien que dans l'autre, dès que le fait d'immixtion est certain, la responsabilité ne peut pas n'être pas prononcée; elle est obligatoire, pour les tribunaux, dans l'un et dans l'autre. Seulement, dans le premier cas, elle est limitée, en ce que le commanditaire sera solidairement obligé seulement *pour les dettes et engagements de la société qui dérivent des actes de gestion qu'il a faits,* tandis que, dans le second, elle pourra être beaucoup plus étendue. Dans ce cas, dit l'art. 28, l'associé commanditaire *peut être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement.* Et cela revient à dire que les tribunaux auront, après avoir déclaré le commanditaire déchu de sa qualité, à se livrer à l'examen des faits pour fixer la mesure dans laquelle il devra être déclaré solidairement obligé. Ce n'est donc pas le fait même de la responsabilité encourue, c'est seulement la mesure et l'étendue de la responsabilité que la loi laisse à l'appréciation des tribunaux.

1472. Mais lorsque le fait d'immixtion est reconnu, l'associé commanditaire est déchu de sa qualité tant vis-à-vis de la société et du gérant qu'à l'égard des tiers ou des créanciers sociaux. Il est pourtant plus généralement admis en doctrine et en jurisprudence que les tiers ont seuls qualité, à l'exclusion des associés, pour faire déclarer le commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion de la société solidairement responsable avec les associés en nom collectif (1). La prohibition de la loi, dit-on en ce sens, est tout entière dans l'intérêt du commerce, dans l'intérêt des créanciers. Aussi, la loi ne dit pas que le commanditaire qui s'est immiscé deviendra associé en nom collectif; elle dit seulement qu'il *sera obligé solidairement pour tout ou partie des engagements de la société;* et cette expression même indique que la loi n'a eu en vue que l'intérêt des tiers. Ceux-ci, en effet, ont dû considérer comme solidairement responsable celui qui traite avec eux au nom de la société. Mais quant aux associés, et surtout quant à l'associé gérant, comment pourrait-il être admis à se prévaloir d'une immixtion qu'il a autorisée? Nulle fraude n'est possible à son égard, et, dès lors, la loi ne lui doit aucune protection. Il s'induirait de là, et c'est bien en effet la conclusion des défenseurs de ce système, que le commanditaire condamné aurait le droit de recourir contre le gérant pour tout ce qu'il aurait payé au delà de sa mise. Or, il paraît difficile d'admettre, en principe et en thèse générale, une doctrine qui, permettant à l'associé commanditaire de rejeter sur autrui une faute qui lui est personnelle, lui donnerait par là

---

(1) Voy. Lyon, 27 mai 1859 (S.-V., 60, 2, 16; *J. Pal.*, 1860, p. 856); Bordeaux, 4 déc. 1860 (S.-V., 61, 2, 190; *J. Pal.*, 1861, p. 706; Dall., 61, 5, 462); Caen, 16 mai 1864 (S.-V., 65, 2, 33; *J. Pal.*, 1865, p. 217; Dall., 65, 2, 192); Paris, 6 juill. 1865 (S.-V., 66, 2, 219; *J. Pal.*, 1866, p. 835; Dall., 66, 5, 443). Voy. aussi MM. Pardessus (nº 1038), Malepeyre et Jourdain (p. 167), Persil (art. 28, nº 3), Molinier (p. 505), Alauzet (nº 325), Foureix (nº 122), Troplong (nº 440), Dolez (p. 207).

le moyen de se soustraire aux responsabilités dont la loi a entendu faire la sanction de ses prohibitions. Nous pensons, quant à nous, que le commanditaire qui prend dans la gestion des affaires sociales le rôle actif réservé exclusivement aux gérants perd les avantages attachés à sa situation; et nous n'admettons pas, en principe, que, déchu de sa qualité au regard des tiers, il en retienne le bénéfice dans ses rapports avec les associés ou avec le gérant. Ce n'est pas seulement dans l'intérêt des tiers, nous l'avons vu plus haut, c'est aussi dans l'intérêt de la société elle-même, que la loi défend à l'associé commanditaire de faire aucun acte de gestion (*suprà*, nos 1457 et suiv.); il est dès lors naturel de conclure que, dans la pensée de la loi, le commanditaire en état d'infraction doit rester tenu de la peine édictée non-seulement vis-à-vis des tiers, mais aussi vis-à-vis de la société, par conséquent du gérant et des associés. Ainsi, de même que les créanciers sociaux, soit individuellement (1), soit collectivement par eux-mêmes ou par des mandataires qui les représentent, par exemple des syndics (2), sont en droit de faire déclarer solidairement responsable, dans les termes de la loi, le commanditaire qui s'est immiscé, de même les associés ou les gérants ont le droit d'exciper de cette solidarité contre le commanditaire, sans que celui-ci en puisse décliner les effets ou se faire indemniser, s'il arrive qu'il soit tenu de payer au delà de sa mise (3). Tout ce qu'on pourrait concéder, c'est l'exception proposée par quelques auteurs pour le cas où les actes d'immixtion imputables au commanditaire auraient été accomplis du consentement exprès ou tacite du gérant ou à son instigation (4). Un recours contre ce dernier pourrait être admis alors, encore même faudrait-il qu'il y eût dol ou fraude de la part du gérant (5). En toute autre hypothèse, le commanditaire qui, par son fait personnel d'immixtion, s'est mis en opposition formelle avec les principes constitutifs de la société en commandite, devra seul subir les conséquences de sa faute, parce que, déchu à l'égard de tous de sa qualité de commanditaire, il ne saurait rien retenir du bénéfice d'une situation privilégiée que par le fait il a abdiquée.

1473. Disons, en terminant sur les obligations et les devoirs de l'associé commanditaire, que l'immixtion constatée et les responsabilités qui en découlent n'ont pas nécessairement pour effet d'attribuer au commanditaire la qualité de commerçant. Avant la loi de 1863, modificative des art. 27 et 28 du Code de commerce, un avis contraire était admis sans distinction par la majorité des auteurs. Le commanditaire qui a encouru la responsabilité prononcée par l'art. 28, disait-on, est assi-

---

(1) Orléans, 23 janv. 1861 (Dall., 61, 2, 160).

(2) Voy. Paris, 26 mars 1840 (S.-V., 40, 2, 250; *J. Pal.*, 1840, t. I, p. 704; Dall., 40, 2, 188); Cass., 16 févr. 1864 (Dall., 64, 1, 89; S.-V., 64, 1, 65; *J. Pal.*, 1864, p. 547).

(3) Voy., en ce sens, Paris, 9 janv. 1836 (S.-V., 36, 2, 133; Dall., 36, 2, 4; *J. Pal.*, à sa date). *Junge* : MM. Delangle (nos 412 et suiv.), Bravard (*Soc. comm.*, p. 105, à la note), Bédarride (nos 259 et suiv.), Sourdat (p. 174). *Comp.* Douai, 21 févr. 1861 (S.-V., 61, 2, 289; *J. Pal.*, 1861, p. 1032).

(4) Voy. MM. Delangle et Sourdat (*loc. cit.*).

(5) Voy. M. Bédarride (n° 261).

milé, à l'égard des tiers, aux autres associés en nom. Dès qu'il a fait un acte de gestion, sa position n'est plus celle d'un simple commanditaire, mais bien celle d'un associé en nom collectif. Comme tel, il est, en fait et en droit, un commerçant. Les créanciers sociaux peuvent donc exercer contre lui tous les droits dont ils sont investis vis-à-vis des associés responsables, et, par conséquent, celui de le faire déclarer en faillite, si la société est en faillite, ou si lui-même il devient insolvable (1). Évidemment, cette solution ne serait pas admissible depuis la loi de 1863 dans le cas où, le commanditaire ayant fait seulement un ou plusieurs actes de gestion, ne serait obligé solidairement que pour les dettes et engagements dérivant de ces actes. Il n'y a là que des actes isolés de commerce qui ne suffisent pas pour imprimer à l'agent la qualité de commerçant (C. comm., art. 1[er]). Mais elle nous paraîtrait rentrer exactement dans l'esprit de la loi dans le cas où le commanditaire serait déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société, comme s'étant immiscé à la gestion par une participation habituelle. Si le commanditaire est déclaré responsable de tous les engagements sociaux, a-t-on dit justement, c'est que les tiers, trompés par son immixtion, ont pu le prendre pour un associé en nom; il est donc juste qu'ils aient contre lui les mêmes droits que s'il l'était effectivement (2).

VII. — 1474. Corrélativement à ses obligations et à ses devoirs, le commanditaire a des prérogatives et des droits. Il puise dans sa qualité d'associé la faculté de contrôler, de surveiller le gérant et les opérations sociales; il y puise de plus, outre le droit, dont nous nous occuperons dans le dernier titre, de venir au partage du fonds social, celui de prendre sa part des bénéfices réalisés pendant la durée de la société.

1475. Le droit de surveillance a été législativement consacré, on vient de le voir, par la loi de 1863, qui, confirmant les décisions de la jurisprudence antérieure (*suprà*, n[os] 1465 et suiv.), a, par une disposition ajoutée à l'art. 28 du Code de commerce, reconnu et expressément déclaré le droit, pour les commanditaires, de faire tous actes de contrôle et de surveillance. Il leur appartient donc de vérifier, s'ils le jugent à propos, les livres de la société et sa caisse, le portefeuille et les valeurs sociales. Ils peuvent inspecter les ateliers et les magasins, établir un comité de surveillance, contrôler les actes du gérant, même par un tiers délégué à cet effet (3), prendre part aux délibérations, eussent-elles pour objet de changer le système des opérations sociales ou même de statuer sur des propositions tendant à modifier l'acte de société (4). Tout cela rentre dans ce droit de surveillance

(1) Voy. MM. Malepeyre et Jourdain (p. 164 et suiv.), Molinier (n° 504), Bravard (Soc. comm., p. 105 et suiv.), Delangle (n° 407, et *Rev. étrang. et franç.*, 1843, p. 89), Bédarride (n° 262). — Voy., cependant, MM. Pardessus (n° 1037), Troplong (n° 438), Persil (art. 28, n° 3). *Junge :* Bourges, 2 août 1828 (S.-V., 30, 2, 44).

(2) Voy. M. Lombard (p. 68). *Junge :* M. Sourdat (p. 174). *Comp.* MM. Dolez (p. 208), Vavasseur (n° 341).

(3) Poitiers, 22 mai 1854 (Dall., 55, 2, 133; S.-V., 55, 2, 532; *J. Pal.*, 1855, t. I, p. 547).

(4) Paris, 23 juill. 1828 (S., Coll. nouv., 9, 2, 127); 20 juill. 1840, rapporté avec

que justifiait pleinement l'intérêt des commanditaires (1), même avant qu'il fût législativement consacré. Dans les commandites simples, l'exercice de ce droit est purement facultatif, et nous n'avons pas à y insister davantage. Dans les commandites par actions, il est obligatoire; et il est imposé, sous de graves responsabilités, à ce conseil de surveillance, qui, depuis la loi du 14 juillet 1856, est l'un des rouages nécessaires de toute société en commandite par actions (*suprà*, nos 1026 et suiv.). Nous aurons donc à y revenir dans la section suivante, qui a pour objet les règles spéciales au fonctionnement des sociétés de l'espèce (*infrà*, nos 1499 et suiv.).

1476. En ce qui concerne le droit au partage des bénéfices, auquel il convient de s'arrêter ici, il procède, pour le commanditaire, de sa qualité même; il en est une suite directe et nécessaire. Dans toute société, quels qu'en soient la nature et le caractère, la pensée dominante des associés, celle qui imprime à la convention son cachet particulier, c'est la réalisation et le partage des bénéfices. C'est là la condition même du contrat; c'est son but véritable, et c'est ce que la loi elle-même indique en définissant la société, d'une manière générale, « un contrat par lequel une ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, *dans le but de partager le bénéfice qui pourra en résulter.* » (C. civ., art. 1832.) (2) Or, le commanditaire est un associé; donc, et par cela même, il a droit à sa part dans les bénéfices réalisés par la société au cours de son existence. Mais quand y a-t-il lieu à partage de bénéfices? En d'autres termes, quand peut-on dire qu'il y a des bénéfices réalisés? C'est le premier point à préciser.

1477. En nous référant à cet égard à notre commentaire des art. 1853 et suivants du Code civil (*suprà*, nos 428 et suiv.), nous rappelons qu'en principe, c'est par le résultat des opérations sociales prises dans leur ensemble que l'on reconnaît s'il y a des bénéfices ou des pertes. Il y a bénéfice lorsque, comparaison faite de l'actif au jour de la formation de la société avec l'ensemble des valeurs sociales au moment de la liquidation, il ressort une différence en plus, un excédant. C'est cet excédant qui, après déduction des frais de gestion et des dettes communes, constitue le bénéfice réalisé, le profit auquel chaque associé a le droit de participer. Il y a perte, au contraire, lorsque, déduction faite de tout ce qui est à la charge de la société, les valeurs sociales sont, au moment de la liquidation, au-dessous de ce qu'était l'actif quand la société a été constituée. Ainsi, le chiffre réel de la perte ou du gain, c'est celui que donne le résultat final des opérations consommées par la société pendant son existence; c'est celui qui résulte de l'examen et de l'appréciation, non pas d'une affaire isolée ou d'une série d'affaires, mais de toutes les affaires envisagées dans leur ensemble et de la compensation

---

Req., 13 déc. 1841 (S.-V., 42, 1, 141). *Comp.* Colmar, 4 févr. 1819 (S., Coll. nouv., 5, 2, 219).

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, 25 juin 1846 (S.-V., 46, 1, 770; *J. Pal.*, 1846, t. II, p. 484).

(2) Voy., pour le commentaire de cet article, *suprà*, t. I, nos 3 et suiv.

entre les pertes et les bénéfices partiels : *Si in aliâ re lucrum, et in aliâ damnum illatum sit : compensatione factâ, solum quod superest intellegitur lucri esse.* (*Inst.*, liv. III, tit. XXVI, § 2, *in fine.*) Il suivrait de là que ce serait seulement à la dissolution de la société qu'il y aurait lieu, s'il y avait excédant de l'actif sur le passif, de faire la répartition de ce bénéfice entre les associés.

1478. Mais s'il en doit être ainsi dans la rigueur des principes, et si la règle est d'une observation possible et même facile dans les sociétés d'une courte durée ou dans celles qui, comme les participations, ont pour objet une ou plusieurs opérations spéciales, on comprend qu'elle est absolument inapplicable dans les sociétés commerciales en général, et particulièrement dans celles qui, fondées par actions, se constituent pour une longue suite d'années et souvent pour une durée illimitée. Il est clair qu'obliger les associés à immobiliser ainsi leurs capitaux et à attendre, sans retirer ni intérêts ni dividendes de leur mise, jusqu'au jour d'une liquidation qu'ils ne verront peut-être pas, c'eût été, en éloignant les capitaux, mettre un obstacle insurmontable à la formation de ces sociétés. Aussi la loi a-t-elle supposé et admis la possibilité de faire, au cours de la société et sous forme de dividendes, des répartitions périodiques de bénéfices.

1479. Ces répartitions périodiques ont pour base l'inventaire dont la confection est imposée à tout commerçant par l'art. 9 du Code de commerce. Cet inventaire, par lequel est marquée la clôture de chaque exercice, doit constater et préciser la situation de la société. Il met en regard les profits et les pertes, l'actif et le passif. Et si, comparaison faite de ces éléments, il ressort à la balance un excédant pour l'actif, c'est un bénéfice qui peut et qui doit être réparti par dividendes entre les associés. C'est là une liquidation partielle; et néanmoins elle est définitive, nous le verrons bientôt, pour la fraction des opérations sociales qu'elle clôture.

1480. Toutefois, la condition essentielle, c'est que l'inventaire soit exact et sincère. Il devra donc présenter l'état réel, la situation véritable de la société, au moment où il est fait, c'est-à-dire à l'époque fixée par les statuts, et, en tous cas, au moins une fois chaque année (C. comm., art. 9). Ainsi, le passif et l'actif y devront être mis en présence sans amoindrissement ou exagération. Et c'est seulement par la comparaison des deux éléments qu'il sera permis de reconnaître s'il y a réellement un bénéfice qui puisse être réparti entre les associés.

Mais, on le comprend, il y a ici des difficultés qui naissent de la situation même des choses. Cette liquidation partielle que prépare l'inventaire prend la société en cours d'existence, quand elle a ou peut avoir des créances en recouvrement, des opérations commencées, etc. Toutes ces choses peuvent et doivent sans doute être portées à l'inventaire. Doivent-elles, cependant, être prises en considération pour l'évaluation de l'actif et le calcul des bénéfices? La chambre criminelle de la Cour de cassation s'est prononcée en termes presque absolus pour la négative dans une affaire célèbre que régissait la loi de 1856 : « Attendu, a-t-elle

dit, que l'art. 13 exige formellement que les dividendes répartis *soient réellement acquis;* qu'il ne suffit pas que le bénéfice se fonde sur une convention qui l'assure; qu'il faut qu'il soit complétement réalisé; qu'il n'est acquis à la société, dans le sens de la loi, qui a voulu écarter les dividendes frauduleux et même ceux qui ne seraient que hasardés, qu'autant qu'il est le résultat d'une opération accomplie... » (1) Il ne suffit pas, disait dans le même sens l'exposé des motifs de la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, à propos de l'art. 27, que des opérations engagées fassent concevoir des espérances qui paraissent presque des certitudes, ni même que des conventions faites, des marchés conclus, constituent des droits véritables, des créances positives. Les résultats probables des entreprises, les effets des conventions et des traités, ne sont pas encore des bénéfices. Si l'on en fait la répartition avant *qu'ils soient effectivement réalisés, avant que la caisse sociale ait reçu les sommes qui en sont la représentation,* c'est sur le capital social qu'est pris ce qui est donné aux actionnaires... (2) Cela, pourtant, nous paraît quelque peu exagéré, et la commission du Corps législatif, précisément dans cette loi de 1863, a été mieux dans la vérité lorsque, expliquant ces expressions de l'art. 27, « dividendes *réellement acquis* d'après l'état de la société constaté par les inventaires », elle a dit: « On a voulu exprimer ainsi les bénéfices qui ne peuvent plus échapper à la société, qui ne sont plus à l'état de simple éventualité, quelle qu'en soit la vraisemblance, dont aucun coup du sort, excepté une insolvabilité imprévue, ou une destruction fortuite, ne peut plus priver la société. Sans doute, il ne sera pas toujours nécessaire *que le bénéfice ait été encaissé, il pourra résulter d'une valeur, d'une traite, même d'une simple créance, pourvu qu'elle soit réputée bonne, non susceptible de discussion, et de nature, suivant les usages du commerce, à figurer à l'actif.* Le bon sens et la pratique commerciale seront, sur ce point, le meilleur commentaire de la loi... » (3) Moins absolue que la chambre criminelle dans l'affaire ci-dessus citée, la chambre des requêtes s'est prononcée en ce sens : elle a décidé, sans doute, avec la Cour de Paris, dont l'arrêt était attaqué, qu'on ne saurait inscrire, à titre de bénéfices, au crédit du compte des profits et pertes, l'excédant sur le prix de revient de terrains acquis par la société du prix de revente, lorsque ces prix n'étaient exigibles qu'éventuellement ou après un nombre d'années variable; mais elle a reconnu que les bénéfices susceptibles d'être mis en distribution entre les actionnaires, s'ils doivent, en général, être certains et provenir d'opérations accomplies, peuvent néanmoins reposer sur des valeurs prochainement réalisables (4).

VIII. — 1481. Lorsque l'inventaire constate un excédant à l'actif,

---

(1) Crim. cass. (aff. Mirès), 28 juin 1862 (*J. Pal.*, 1862, p. 785; S.-V., 62, 1, 625; Dall., 62, 1, 305). *Comp.* Caen, 16 août 1864 (Dall., 65, 2, 192; S.-V., 65, 2, 33; *J. Pal.*, 1865, p. 217). — Voy. aussi MM. Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 1390).
(2) Voy. *Comment. législ. de la loi de 1863* (Tripier, p. 31).
(3) M. Tripier (*ibid.*, p. 55 et 56).
(4) Voy. Paris (aff. Péreire), 22 avr. 1870 (S.-V., 71, 2, 169; *J. Pal.*, 1871, p. 552;

cet excédant, qui constitue le bénéfice, doit être réparti en dividendes, conformément aux statuts; et désormais ces dividendes sont acquis d'une manière définitive aux actionnaires. Rappelons, à l'appui de cette proposition, la discussion sur l'art. 26 du Code de commerce. « Au conseil d'État, dit M. Locré, on demanda que le commanditaire fût tenu de contribuer aux pertes *dans la proportion des bénéfices qu'il avait précédemment faits*. Cette proposition était fondée sur la justice due au gérant, qui pourrait porter tout le poids d'une année malheureuse, quoiqu'il n'eût eu qu'une faible part aux bénéfices, peut-être considérables, des années précédentes; sur la justice due aux créanciers, qui, ignorant la part qu'a le gérant dans la société, ont pu, trompés par les apparences, lui ouvrir un crédit supérieur à ses moyens; sur l'intérêt de favoriser les sociétés en commandite, auxquelles la disposition pourrait faire perdre tout crédit. — On répondit que les bénéfices passés sont réputés consommés; qu'adopter la proposition, ce serait changer la condition du commanditaire, laquelle consiste essentiellement à ne pouvoir perdre plus que les fonds qu'il a mis en société; qu'on dégoûterait les capitalistes des sociétés en commandite, parce qu'aucun d'eux ne voudrait s'exposer à rapporter, peut-être après dix ans, le dividende qui a servi à pourvoir à ses dépenses journalières, à ses besoins... — *La proposition fut retirée.* » (1) Il résulte incontestablement de là que, dans la pensée de la loi interprétée par ses rédacteurs, une répartition de bénéfices existant réellement au moment de la distribution est définitive, et que, quels que soient les événements ultérieurs, il n'y a pas à y revenir. Néanmoins, dans une affaire régie par l'ordonnance de 1673, la Cour de Rouen, posant en principe absolu que, « dans une société en commandite, tout partage de bénéfice est essentiellement provisoire », décidait qu'un commanditaire qui avait reçu des intérêts de sa mise et des bénéfices acquis avant la faillite de la société était tenu d'en faire le rapport. Il est vrai que l'ordonnance de 1673 déclarait le commanditaire obligé seulement jusqu'à concurrence, non de *sa mise,* comme dit l'art. 26 du Code de commerce, mais de *sa part* (tit. IV, art. 8), expressions équivoques qui pouvaient s'entendre comme comprenant les bénéfices passés. L'arrêt de la Cour de Rouen n'en a pas moins été cassé; la Cour suprême a pensé que les termes de l'ordonnance n'avaient pas d'autre portée que ceux qui leur avaient été substitués pour plus de clarté dans l'art. 26 du Code de commerce; et, en réformant la décision, elle a maintenu aux répartitions périodiques de bénéfices réels constatés par les inventaires le caractère définitif que leur assigne la discussion du conseil d'État (2).

C'est qu'en effet, dès qu'ils sont constatés et répartis en dividendes,

---

Dall., 70, 2, 124); Req., 7 mai 1872 (S.-V., 72, 1, 123; *J. Pal.*, 1872, p. 285; Dall., 72, 1, 233). *Comp.* Lyon, 2 juin 1864 (S.-V., 65, 2, 38; Dall., 65, 2, 197; *J. Pal.*, 1865, p. 226).

(1) M. Locré (*Espr. du Code de comm.*, t. I, p. 82).

(2) Cass., 14 févr. 1810. (Voy. l'arrêt à sa date, S.-V., Coll. nouv., et *J. Pal.*) La Cour de Paris, à laquelle l'affaire a été renvoyée, a reproduit dans son arrêt du 11 fé-

les bénéfices appartiennent aux associés commanditaires ou actionnaires. Ceux-ci en peuvent exiger le payement contre le gérant qui tarderait à en faire la distribution. L'assemblée générale elle-même ne pourrait pas, sans l'assentiment d'eux tous, faire de ces dividendes un emploi qu'ils ne consentiraient pas. Il a été jugé que l'assemblée générale d'une société en commandite par actions, investie par les statuts qui attribuent une portion des bénéfices nets aux actionnaires du droit de fixer le dividende annuel de chaque action, ne peut décider, à la majorité seulement, que le dividende ainsi fixé par elle sera employé à l'acquisition d'un immeuble social, une telle dérogation aux statuts ne pouvant être consentie que par l'unanimité des actionnaires (1). Décision juste qui, en même temps qu'elle confirme le principe déjà indiqué d'après lequel il n'appartient pas à la majorité de l'assemblée générale de modifier les conditions fondamentales du pacte social, consacre le droit incontestable de chaque actionnaire à sa part des bénéfices, dès que ces bénéfices sont constatés et répartis en dividendes.

1482. Toutefois, les dividendes ne sont-ils acquis aux associés qu'autant qu'ils ont été effectivement perçus par eux après chaque inventaire? La question est à résoudre d'après les circonstances. Ainsi, par dérogation au pacte social suivant lequel les associés peuvent retirer, après l'inventaire annuel, la moitié de leurs bénéfices, les commanditaires ont, d'un commun accord à chaque inventaire, crédité leurs comptes des bénéfices réalisés par la société, les laissant toujours en totalité dans la caisse sociale : il a été décidé, la société ayant ultérieurement subi des pertes, que les commanditaires étaient inadmissibles, au moment de la dissolution, à réclamer les bénéfices ainsi accumulés, non-seulement à l'encontre des créanciers sociaux, mais même à l'encontre des associés en nom (2). Mais notons que l'acte de société, en autorisant les associés à retirer une partie des bénéfices, ne réglait pas le caractère soit de la portion qui devait rester dans la caisse sociale, soit de celle qui, pouvant en être retirée, y aurait cependant été laissée, et ajoutons que loin de faire l'objet d'un compte spécial, les bénéfices ainsi laissés successivement dans la caisse de la société avaient été confondus avec l'apport de chacun des commanditaires. Dans une telle situation, il était difficile de considérer le fait des commanditaires autrement que comme impliquant renonciation au prélèvement des bénéfices; et il a pu être décidé que ces bénéfices non perçus s'étant confondus avec la mise, les commanditaires ne pouvaient plus avoir droit qu'au reliquat de cette mise, après balance des profits et des pertes pendant la durée de la société.

Mais en serait-il de même si, au lieu de rattacher ainsi à la comman-

---

vrier 1811 (voy. l'arrêt à sa date) le principe qu'avait posé la Cour de Rouen. Seulement, elle a jugé, en outre, qu'en fait il n'y avait jamais eu bénéfice; et cette décision, qui rattache l'arrêt aux questions examinées *infrà*, n°ˢ 1484 et suiv., explique que l'affaire ne soit pas revenue devant la Cour de cassation.

(1) Rouen, 8 août 1868 (Dall., 69, 2, 211; *J. Pal.*, 1869, p. 993; S.-V., 69, 2, 236).

(2) Voy. Douai, 25 janv. 1873, et Req., 5 août 1873 (Dall., 74, 1, 127). Voy. aussi Angers, 18 févr. 1843 (S.-V., 43, 2, 389).

lité ou à la mise, par leurs agissements, les bénéfices laissés dans la caisse sociale, les commanditaires avaient eu le soin, en les laissant à la disposition de la société, d'en faire créditer leur compte courant? Nous ne le pensons pas. Le commanditaire ne doit que son apport ou sa mise à la société et aux créanciers sociaux. Or, les dividendes qu'il pourrait prendre après chaque inventaire, et qu'il laisse volontairement dans la caisse sociale, ne sont pas son apport et ne se confondent pas avec lui dès qu'il a le soin d'en faire l'objet d'un compte spécial. Il se constitue par là créancier vis-à-vis de la société, et il ne saurait, même si la société vient à subir des pertes, être traité autrement que le tiers qui aurait prêté son argent. Sa condition est la même que si, après avoir retiré les sommes qui lui étaient acquises à titre de dividende, il les avait prêtées à la société : le fait d'avoir laissé la société, sa débitrice, en jouir après qu'elles étaient devenues exigibles, ne peut, a-t-on dit justement, le rendre non recevable à en exiger le payement (1).

IX. — 1483. Il n'y a pas de dividendes à distribuer si, comparaison faite entre l'actif et le passif constatés par l'inventaire, il n'en ressortait pas un excédant pour l'actif. Il n'y aurait pas bénéfice en ce cas, et tout dividende que le gérant répartirait entre les associés serait nécessairement prélevé sur le capital social, et constituerait ce que la loi de 1867 (art. 15, 3°), empruntant sa formule à la jurisprudence, a appelé *dividende fictif*. « C'est en ce qui touche la distribution des dividendes, est-il dit dans l'exposé des motifs, qu'il a paru utile d'employer une formule nouvelle. Au lieu de parler *de dividendes non justifiés par des inventaires sincères et réguliers,* l'article du projet se sert de l'expression *dividendes fictifs,* qui a d'abord le mérite du laconisme. Elle a en outre l'avantage plus grand de mieux faire ressortir la pensée qui a constamment présidé à la rédaction de la disposition; elle exprime très-nettement que les dividendes dont la distribution engage la responsabilité de celui qui y concourt, sont ceux qui ne représentent point de véritables bénéfices, ceux que le distributeur sait lui-même n'être que des bénéfices supposés... Les monuments de la jurisprudence s'en servent fréquemment en appliquant la loi (de 1856). C'est là, s'il est permis de parler ainsi, un certificat d'exactitude et de clarté puisé dans l'expérience même des magistrats, qui a dû faire cesser toute hésitation. » (2)

1484. De la responsabilité de ceux qui concourent à la distribution de tels dividendes, nous ne dirons rien ici, réservant ce point pour la section suivante, dans laquelle, en exposant les règles spéciales au fonctionnement des sociétés par actions, nous aurons à nous occuper des sanctions de diverse nature établies par la loi. Mais quelle est la situation, quels sont les droits respectifs, des actionnaires qui ont reçu ces

(1) Voy., en ce sens, MM. Delangle (n° 364), Molinier (n° 555), Demangeat sur Bravard (*Soc.*, p. 216, à la note), Lombard (*op. cit.*, p. 107 et 108), Dolez (p. 199). Voy. aussi Rouen, 30 mars 1841 (*J. Pal.*, à sa date). — Voy., cependant, M. Bédarride (*Soc.*, n° 233 et suiv.). — *Comp.* M. Sourdat (*op. cit.*, p. 207 et 208).

(2) *Comment. législ. de la loi du 24 juill. 1867* (Tripier, t. I, p. 25).

dividendes et des tiers ou des créanciers sociaux dont le gage se trouve atteint et diminué? C'est le seul point que nous ayons, quant à présent, à préciser.

La question étant de savoir si les associés auxquels ont été distribués des dividendes qui ne correspondent pas à de véritables bénéfices sont tenus de restituer, il y a tout d'abord un cas à écarter : c'est celui où la société est *in bonis*. Comme on l'a dit dans la discussion de la loi de 1867 au Corps législatif, « tant que la société est *in bonis*, tant que son actif suffit pour désintéresser ses créanciers, nulle difficulté ne peut s'élever à ce sujet. Les actionnaires peuvent avoir à exercer des actions en responsabilité contre les gérants et les membres du conseil de surveillance qui, par des distributions illégales d'intérêts ou de dividendes, ont appauvri la société, compromis son crédit, tué son avenir; mais il ne peut être question de restitution. Qu'importe, en effet, quand il s'agit des actionnaires entre eux, que ces distributions aient été prises sur le capital, et non sur les bénéfices réels! Tous y ont participé au prorata de leurs mises, et ce qu'ils ont reçu était à eux. » (1)

La difficulté ne surgit que dans le cas d'insolvabilité ou de faillite de la société. Au premier abord, il semble qu'il n'y a pas d'hésitation possible. Le commanditaire n'a droit qu'à sa part de bénéfices. Dès qu'il n'y a pas bénéfice réellement acquis, il n'a rien à prétendre. Et si, néanmoins, des dividendes lui ont été distribués, comme ils ont été nécessairement prélevés sur le capital, il n'a aucun droit à les retenir vis-à-vis des créanciers sociaux, dont le capital est le gage, et qui, dès lors, peuvent demander le rétablissement et la restitution de tout ce qui en a été indûment ou frauduleusement détourné. C'est ainsi, d'ailleurs, que le point était résolu sous le Code de commerce, qui, n'ayant rien réglé à cet égard, laissait la question sous l'empire du droit commun. Quelque favorable que fût la situation de commanditaires qui avaient pu de très-bonne foi recevoir chaque année et consommer à mesure leur part de ce que de mensongers inventaires avaient présenté comme un bénéfice réalisé, le droit des créanciers sociaux était réputé préférable; et les commanditaires étaient astreints à rapporter des sommes qu'ils avaient successivement reçues comme bénéfices, et qui pouvaient ne plus exister dans leur patrimoine (2).

1485. Il est permis de dire que la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions n'avait rien changé à cela. Sans doute, cette loi avait cherché dans les responsabilités et dans les sanctions par elle établies (voy. à la section suivante) un moyen de prévenir le danger résultant, pour la société et pour les associés aussi bien que pour les tiers, soit des faux inventaires, soit de la distribution de dividendes fictifs. Mais en ce qui concerne le droit respectif des associés, actionnaires ou commanditaires, et des créanciers sociaux en présence

---

(1) Voy. le rapport de la commission du Corps législatif (Tripler, *loc. cit.*, p. 129).
(2) Voy. Req., 3 août 1875 (*J. Pal.*, 1875, p. 1062; S.-V., 75, 1, 425; Dall., 76, 1, 116).

de dividendes fictifs distribués, elle était muette, et, comme le Code de commerce, elle n'avait rien réglé. Aussi, le système dominant dans la jurisprudence, c'est que, sans qu'il y eût à tenir compte de la bonne ou de la mauvaise foi des actionnaires, les dividendes fictifs devaient être rapportés, attendu que, « lorsqu'il n'existe point de bénéfices, les dividendes distribués ne sont qu'un remboursement total ou partiel de la mise sociale, et que les associés qui les ont reçus sont obligés à restitution, puisqu'il est de principe général, selon l'art. 1376 du Code civil, que celui qui reçoit sciemment ou par erreur ce qui ne lui est pas dû est obligé à le restituer. » (1)

Un autre système, pourtant, s'était fait jour, et il était fortement motivé par les Cours d'Aix et d'Alger. L'art. 26 du Code de commerce, disait notamment cette dernière Cour, a voulu évidemment limiter l'obligation du commanditaire. S'il a fait apport de sa mise totale, il est réputé avoir satisfait au prescrit de la loi. Et pour apprécier si, cette obligation une fois remplie, une nouvelle obligation naît contre le commanditaire de la perception de dividendes faite de bonne foi, il suffit d'examiner si les conditions prescrites par la loi, pour la distribution normale des dividendes, ont été remplies. Or, aux termes des art. 8, 10 et 13 de la loi du 17 juillet 1856, c'est au gérant seul, et, dans une certaine mesure, aux membres du conseil de surveillance, qu'incombe la responsabilité résultant, soit des inexactitudes dans les inventaires préjudiciables à la société ou aux tiers, soit de la distribution de dividendes non justifiés par des inventaires sincères et réguliers. Quant aux actionnaires, ils restent complétement en dehors des opérations sociales. Il suffit, pour les exonérer de toute responsabilité quant à ces opérations et à leurs conséquences, qu'un inventaire constatant les bénéfices réalisés ait été dressé par le gérant dans la forme voulue, que cet inventaire ait été déclaré régulier par le conseil de surveillance, et soumis à l'approbation de l'assemblée générale, auquel cas le commanditaire ou l'actionnaire de bonne foi fait siens les dividendes par lui perçus à la suite de toutes ces formalités. S'il en pouvait être autrement, et si, malgré sa bonne foi, le commanditaire était exposé pendant trente ans à rapporter les dividendes qu'il n'aurait touchés qu'après l'accomplissement de toutes les conditions légales, les capitaux ne trouveraient plus aucune sécurité dans les associations commerciales... Et, déterminées par ces considérations, les Cours d'Aix et d'Alger, se prononçant contre la jurisprudence dominante, décidaient que les commanditaires ne sont pas tenus, au cas de faillite de la société, de rapporter les dividendes qu'ils ont touchés de bonne foi, alors même que ces dividendes auraient été pris sur le capital social, si d'ailleurs les conditions

(1) Voy. Req., 25 nov. 1861 (S.-V., 62, 1, 189; *J. Pal.*, 1862, p. 1169); Rej., 3 mars 1863 (Dall., 63, 1, 125; S.-V., 63, 1, 137; *J. Pal.*, 1863, p. 644); Req., 15 nov. 1869 (*J. Pal.*, 1870, p. 532; S.-V., 70, 1, 216; Dall., 71, 1, 311); Caen, 16 août 1864 (Dall., 65, 2, 192; *J. Pal.*, 1865, p. 217; S.-V., 65, 2, 211); Angers, 18 janv. 1865, et Pau, 18 déc. 1865 (*J. Pal.*, 1865, p. 857, et 1866, p. 708; S.-V., 65, 2, 211, et 66, 2, 178); Bourges, 21 août 1871 (S.-V., 71, 2, 257; *J. Pal.*, 1871, p. 831; Dall., 73, 2, 34).

prescrites par la loi pour la distribution régulière des dividendes ont été accomplies (1).

1486. C'est ce dernier système que le législateur de 1867 a cru devoir consacrer, en l'établissant même dans des conditions plus favorables pour les actionnaires. Le projet présenté par le gouvernement, le 28 mars 1865, était muet sur ce point, que, par suite, il laissait, comme précédemment, sous l'empire du droit commun. Ce fut la commission du Corps législatif qui, prenant l'initiative, proposa de dire « qu'aucune répétition de dividende ne pourrait être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aurait été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire. » (L. 24 juill. 1867, art. 10, § 3.) La commission, s'inspirant des motifs sur lesquels reposaient les arrêts précités des Cours d'Aix et d'Alger, mettait surtout en avant le principe de droit civil en vertu duquel celui qui possède *de bonne foi* la chose d'autrui fait *siens* les fruits jusqu'au moment où sa bonne foi cesse. « Sans doute, disait-elle (2), il n'y a pas, en droit, identité absolue entre les fruits perçus par le possesseur de bonne foi qui laissent intact le capital, et des dividendes et des intérêts fictifs, qui sont une partie du capital même. Cependant, il y a, au fond, parité de situation, car, de même que le possesseur de bonne foi, l'actionnaire les a considérés comme des fruits industriels de son capital, il les a employés à ses dépenses journalières, *lautiùs vixit;* et l'action en rapport, exercée après cinq ou dix ans peut-être, lui apporte la ruine. N'est-ce pas, alors, comme si, contrairement au principe même de la commandite, on lui imposait une perte supérieure à sa mise? N'est-ce pas, d'ailleurs, et c'est la raison décisive, éloigner des sociétés par actions les capitaux qu'on y veut attirer? Qui donc, en effet, oserait affronter le péril d'une action en rapport incertaine, mais toujours menaçante? Ces motifs qui, en 1807, déterminaient le conseil d'État à repousser, en principe, l'obligation de rapporter les bénéfices (*suprà,* n° 1481), ont paru à votre commission applicables même au cas où, lors de leur distribution, les bénéfices étaient purement fictifs, mais à la condition qu'ils eussent été reçus de bonne foi. »

Ces considérations n'étaient rien moins que décisives. Elles n'avaient point touché le conseil d'État, qui n'avait pas adopté l'amendement proposé par la commission, et elles furent énergiquement combattues par le commissaire du gouvernement, M. Duvergier, à la séance du 31 mai 1867. Cet éminent jurisconsulte fit remarquer d'abord qu'il n'y avait rien de commun entre la répétition repoussée en principe par le cnoseil d'État, en 1807, en faveur de commanditaires qui avaient reçu des bénéfices *existant réellement au moment de la distribution,* et la répétition que la commission proposait d'interdire touchant des dividendes qui, au moment de la distribution, *représentaient des bénéfices*

(1) Voy. Aix, 22 juill. 1862 et 3 août 1869; Alger, 24 mars 1867 (Dall., 62, 2, 158; 71, 2, 76; S.-V., 67, 2, 287; *J. Pal.*, 1867, p. 1008).
(2) Voy. le rapport présenté par M. Mathieu, au nom de la commission, à la séance du 3 mai 1867 (Tripier, t. I, p. 132 et suiv.).

supposés. La proposition de la commission, pour ce dernier cas, est contraire aux principes. En droit rigoureux, à quoi a droit l'actionnaire? A une part des bénéfices. Dès qu'il n'y a pas de bénéfices, en droit rigoureux, toute espèce de prétentions de la part de l'actionnaire est profondément illégitime. C'est le créancier qui doit lui être préféré sur le capital social. On argumente de la règle écrite dans les art. 549 et 550 du Code civil, qu'on fait les fruits siens quand on est de bonne foi... Mais qui n'aperçoit la différence énorme qu'il y a entre la situation de ce propriétaire apparent d'immeubles qui perçoit des fruits et les fait siens, et celle de l'actionnaire qui reçoit une portion du capital social sous le nom trompeur de bénéfices? Au véritable propriétaire, qui, en revendiquant son immeuble, réclamerait les fruits perçus, on peut répondre : On vous rend votre immeuble intact, ce que vous réclamez n'a rien diminué du capital qui vous appartient. Quand, au contraire, il s'agit de dividendes, ils sont pris sur le capital, en sorte que le véritable propriétaire du capital, le créancier, se trouve dans une position bien différente du propriétaire : ce ne sont pas des fruits, quant à lui, qu'on lui refuse, c'est une portion plus ou moins importante du capital même qu'on prétend ne pas lui donner (1)...

A la suite de cette discussion, et sur quelques observations du ministre de l'agriculture et du commerce, l'art. 10, ou plutôt l'amendement, fut renvoyé à la commission comme une proposition à étudier de nouveau par elle et par le gouvernement. Et quand il reparut ensuite, à peu près dans les mêmes termes, à la séance du 11 juin 1867, le gouvernement s'y rallia par l'organe du ministre de la justice, et, nonobstant d'énergiques protestations, il fut définitivement adopté (2). Il a pris place dans l'art. 10, qui, rompant avec le système dominant dans la jurisprudence antérieure, pose en principe, par son troisième paragraphe, que désormais « aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire. » Ainsi, quel que soit l'état de la société à la clôture d'un exercice, n'y eût-il pas de bénéfices, la société fût-elle même en perte, les commanditaires auxquels des dividendes auraient néanmoins été distribués sont à l'abri de toute répétition dès qu'ils ont reçu de bonne foi. Voilà la règle (3). La loi, selon l'expression du rapporteur de la commission du Corps législatif, place la garantie des tiers dans les droits, les devoirs, les responsabilités des conseils de surveillance, au point de vue de la vérification des inventaires et des distributions de dividendes, et non dans une action en rapport

---

(1) Voy. la discussion dans le *Comment. législ.* de M. Tripier (t. I, p. 557 et suiv.).

(2) Voy. la discussion, et notamment les discours de MM. Perras et Pouyer-Quertier (Tripier, t. II, p. 490 et suiv.).

(3) Du reste, la disposition n'est pas à considérer comme interprétative de la législation antérieure. La loi nouvelle ne statue qu'en vue de l'avenir, en sorte que, ne régissant pas les faits passés, elle ne serait pas applicable aux distributions de dividendes antérieures à sa promulgation. Voy. l'arrêt déjà cité de la chambre des requêtes du 3 août 1875. Voy. aussi Req., 15 nov. 1869, également cité.

qui pourrait venir surprendre et ruiner un actionnaire *de bonne foi* (1).

1487. Mais il y avait à déterminer les conditions de la bonne foi. A cet égard, la loi pose deux cas qui en sont absolument exclusifs. Ce sont: 1° le cas où une distribution de dividendes serait faite en l'absence de tout inventaire; 2° le cas où la distribution aurait eu lieu en dehors des résultats constatés par l'inventaire. Dans ces deux cas, l'actionnaire est en faute; il est sous le coup d'une présomption légale de mauvaise foi, présomption *juris et de jure* qui ne permettrait pas de l'admettre à prouver qu'il a agi de bonne foi. Il doit donc et inévitablement (sauf la prescription dont nous allons parler tout à l'heure) le rapport des dividendes indûment distribués. Et c'est justice, a dit la commission, car l'actionnaire est d'autant plus inexcusable de n'avoir pas vérifié l'accomplissement matériel des conditions imposées par la loi, qu'il s'agissait pour lui, non point de vérifier si les chiffres de l'inventaire répondent à des opérations sérieuses, mais uniquement de s'assurer de l'existence et de la régularité extérieure des inventaires, et que l'art. 12 de la loi lui donne toute facilité à cet égard en l'autorisant à demander communication du bilan et des inventaires.

1488. Au contraire, la présomption de bonne foi qui protége le commanditaire en dehors des deux cas précisés par la loi n'est nullement une présomption légale et exclusive de la preuve contraire. Il est évident, en effet, et on l'a dit justement, que ces deux cas sont à peu près irréalisables, en ce qu'il est difficile d'admettre qu'un gérant propose et qu'un conseil de surveillance permette d'opérer une distribution de dividendes en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire. En sorte que la loi serait, en fait, exclusive de toute répétition de dividendes fictifs si elle devait être entendue limitativement. Aussi est-il admis, et les rédacteurs de la loi l'ont reconnu eux-mêmes, que, même lorsqu'il y a eu un inventaire dressé et vérifié, et quand la proposition de distribution d'un dividende a été précédée et accompagnée de toutes les garanties organisées par la loi, les créanciers doivent être reçus à prouver que soit tous les commanditaires, soit quelques-uns d'entre eux, ont su que la répartition avait eu pour objet des bénéfices supposés. En dehors des deux cas précisés par la loi, a dit le rapporteur de la commission du Corps législatif, la bonne foi de l'actionnaire est présumée, *à moins qu'on n'établisse entre lui, le gérant et le conseil de surveillance, une complicité véritable pour tromper les tiers sur la véritable situation de la société* (2).

1489. L'actionnaire ou le commanditaire, dans le cas où il est condamné à rapporter les dividendes fictifs qui lui ont été distribués, doit l'intérêt. Mais à dater de quelle époque? Ce serait du jour où il les a reçus, si le rapport de ces dividendes devait être considéré comme le rétablissement de la mise sociale. Il y aurait lieu, en effet, dans cette supposition, d'appliquer l'art. 1846 du Code civil, aux termes duquel

---

(1) Voy. Tripier (t. I, p. 134).
(2) Voy. le rapport de M. Mathieu (Tripier, t. I, p. 134 et 135).

« l'associé qui devait apporter une somme dans la société, et qui ne l'a point fait, devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée. » (*Suprà*, n° 295.) Toutefois, l'actionnaire auquel des dividendes fictifs ont été distribués est plutôt dans la condition de celui qui « reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû. » Celui-là, aux termes de l'art. 1376 du Code civil, est tenu de restituer, et, comme le dit la Cour de cassation, « cette règle s'applique même à celui qui a reçu de bonne foi, le seul bénéfice de la bonne foi étant de dispenser celui qui restitue du payement des intérêts. » (1) Dès lors, l'intérêt des dividendes à rapporter ne sera dû qu'à dater du jour de la demande.

1490. Dans la disposition dont il s'agit ici, l'art. 10 de la loi de 1867 s'occupe seulement, on l'a remarqué, de la répétition *des dividendes*. « Tout ce que nous venons de dire, lit-on cependant dans le rapport de la commission du Corps législatif, s'applique aux *intérêts* annuels reçus par les actionnaires, comme résultat, sinon de bénéfices proprement dits, au moins à titre d'excédant de l'actif sur le passif, et en vertu des inventaires. » Toutefois, ce n'est là qu'une opinion personnelle. Elle est, d'ailleurs, peu précise; et l'on a pu en induire qu'il y aurait lieu d'appliquer aux intérêts et le principe et les exceptions établis par la loi relativement aux dividendes (2). Or, ainsi entendue, elle ne serait pas admissible, au moins dans sa généralité. Sans doute, on peut et on doit admettre que le payement d'intérêts aux actionnaires, quand la société n'a pas réalisé de bénéfices, peut et doit être assimilé à une distribution de dividendes fictifs, si les statuts sociaux stipulent que les intérêts seront payés sur les bénéfices. Il est à bon droit décidé, en ce cas, que, survenant la faillite de la société, les intérêts reçus sont restituables (3). En effet, la clause d'intérêts ainsi stipulée implique l'idée que les actionnaires toucheront, à valoir sur les dividendes auxquels ils auront droit par le résultat de l'inventaire, une somme représentant l'intérêt de leur mise. Et comme les intérêts ne sont alors, en définitive, que des dividendes anticipés, il est naturel de les soumettre aux règles touchant la restitution des dividendes.

Mais il n'en saurait être de même relativement aux sommes payées aux commanditaires à titre d'intérêt annuel de leur mise, en vertu ou en exécution d'une clause du pacte social qui autorisait ou prescrivait ce payement comme charge sociale (4). Nous avons apprécié cette clause plus haut (n° 1456), et nous avons établi, sur l'autorité d'une jurisprudence constante, qu'elle n'a rien d'inconciliable avec les principes qui régissent la société en commandite, que dès lors elle est licite, et que, sauf l'accomplissement des formalités requises par la loi

---

(1) Voy. l'arrêt déjà cité du 3 mars 1863. Voy. aussi M. Lombard (*op. cit.*, p. 115).
(2) Voy. notamment M. Dolez (p. 218).
(3) Req., 15 nov. 1869 (S.-V., 70, 1, 216; *J. Pal.*, 1870, p. 532; Dall., 72, 1, 811). — Voy. aussi Req., 15 janv. 1862 (*J. Pal.*, 1862, p. 413; S.-V., 62, 1, 133); Orléans, 20 déc. 1860; Douai, 21 févr. 1861 (*J. Pal.*, 1861, p. 1032; S.-V., 61, 2, 289).
(4) *Comp.* Paris, 18 avr. 1860 (Dall., 61, 2, 123).

au point de vue de la publicité, elle est opposable aux tiers. Dès lors, et par cela même, les intérêts payés en exécution de la clause ne sont pas restituables, quels que soient les événements ultérieurs. A la vérité, la Cour de cassation, chambre des requêtes, tout en reconnaissant la légitimité de la clause et son caractère licite, a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt par lequel les intérêts payés en exécution étaient déclarés restituables (1). Mais les circonstances, dans l'espèce, étaient véritablement exceptionnelles. Il était déclaré en fait, par l'arrêt attaqué, que le commanditaire, au moment où il avait reçu l'intérêt de sa mise sociale, *connaissait le versement incomplet du fonds social et l'insolvabilité du gérant*. En cet état des faits, la Cour a dit et a pu dire que, quelque licite que fût la clause, la perception des intérêts était illégitime, *parce que les éléments de ces intérêts n'existaient pas*. C'est là une décision d'espèce dont il n'y aurait pas à faire état dans une situation normale. La clause en question est licite, c'est un point reconnu et constant; le payement annuel des intérêts par le gérant en est l'exécution littérale. Comment donc ces intérêts ne seraient-ils pas définitivement acquis aux actionnaires qui les ont reçus? Ils sont le loyer du capital; la société a consenti à le payer abstraction faite du résultat des opérations sociales. Le gérant, en le payant à ceux qui ont fait du service des intérêts la condition de leur apport, libère la société d'une charge qui la grève et qu'elle a librement acceptée. Le contrat reçoit par là une exécution pure et simple sur laquelle il n'y a pas à revenir, quels que soient les événements ultérieurs.

X. — 1491. Il nous reste à nous occuper de l'action en répétition des dividendes prise en elle-même, de son caractère propre et de sa durée. — Et d'abord, à qui cette action appartient-elle? Contre qui peut-elle et doit-elle être exercée?

Elle appartient d'abord et naturellement aux créanciers sociaux. Et elle serait recevable, fût-elle exercée soit par un créancier ayant participé comme membre du conseil de surveillance aux délibérations relatives à la distribution des dividendes fictifs, soit par l'ancien gérant, qui aurait été contraint de payer de ses deniers les dettes sociales, et qui se trouverait ainsi subrogé aux droits des créanciers (2). Au surplus, nous l'avons indiqué déjà, les créanciers n'auront généralement à agir que lorsque la société, impuissante à satisfaire à ses obligations, sera en liquidation ou en faillite. Et, dans ce cas, la répétition sera exercée, au nom de la masse, par le liquidateur ou par les syndics. — Mais l'action n'appartient pas seulement aux créanciers sociaux; elle appartient également à la société elle-même et aux associés. Il est des cas, en effet,

(1) Req., 6 mai 1868 (S.-V., 68, 1, 243; *J. Pal.*, 1868, p. 612; Dall., 69, 1, 232).

(2) Bourges, 21 août 1871 (*J. Pal.*, 1871, p. 831; S.-V., 71, 2, 257; Dall., 73, 2, 34). — La loi belge du 18 mai 1871 pose en principe, dans son art. 21, que le commanditaire ne peut être contraint *que par les tiers* à rapporter les intérêts et les bénéfices indûment perçus (*suprà*, nº 1456, à la note); et il a été entendu, dans la discussion, que le gérant n'aurait pas le droit de prendre l'initiative de la poursuite, et qu'à son égard les dividendes et intérêts seraient définitivement acquis aux commanditaires. Voy. le *Comment.* de M. Waelbroeck (p. 71).

où ils auront intérêt à l'exercer : citons spécialement celui où des associés nouveaux sont venus s'adjoindre à la société après la distribution des dividendes. Ceux-là, évidemment, devraient être admis à intenter l'action au nom de la société, même pendant son existence, pour faire rentrer dans la caisse sociale des fonds qui n'en auraient pas dû sortir.

L'action ne saurait être dirigée que contre celui qui, propriétaire du titre, a reçu le dividende fictif, quand même il aurait cessé d'en être propriétaire au moment où la répétition est exercée. Mais ici apparaît la difficulté qui, dans la discussion de la loi de 1867, était relevée et fournissait même à la commission du Corps législatif l'une des considérations par elle indiquées contre le principe du rapport. Ne l'oublions pas, disait-elle, il s'agit de la société en commandite *par actions*, et le plus souvent par actions au porteur. Or, quels obstacles le principe du rapport ne rencontrerait-il pas, en fait, s'il était consacré par la loi! Quel était le porteur au moment où la distribution a été autorisée? L'action n'avait-elle pas passé en d'autres mains quand le dividende a été reçu? Celui qui l'a reçu n'était-il pas un autre que l'actionnaire lui-même? On devine les embarras qui naîtraient inévitablement de cette complexité de situations (1). Cela est vrai, sans doute; les embarras peuvent cependant n'être pas insurmontables; dans tous les cas, ils ne sauraient faire que le détenteur actuel de l'action puisse être poursuivi en répétition d'un dividende fictif si, en fait, le dividende a été perçu par un autre que lui. En droit et en raison, c'est au commanditaire ou à l'actionnaire qui a reçu que le rapport doit et peut être demandé; et s'il est décédé, c'est à ceux qui le représentent ou à ceux qui continuent sa personne.

1492. Mais devant quel tribunal l'action devra-t-elle être portée? C'est demander, en d'autres termes, si l'obligation de restituer les dividendes fictifs est civile ou commerciale. Elle dérive, dit-on généralement, de l'obligation de verser la mise contractée par le commanditaire envers la société, ou plutôt elle n'en est que la transformation, comme l'obligation de garantie contre l'éviction n'est qu'une transformation de celle de livrer la chose vendue (2). Il est donc impossible de dénier à l'obligation de restituer les dividendes fictifs le caractère commercial qui, d'après l'opinion prédominante, appartiendrait à celle de verser la mise (*suprà*, n° 1424). D'où suivrait que la juridiction consulaire serait seule compétente. La Cour de cassation, chambre des requêtes, a décidé, en effet, que l'action doit être portée devant le Tribunal de commerce, et les cours d'appel, en majorité, se sont prononcées en ce sens (3). Toutefois, la chambre civile de la Cour de cassation est en opposition formelle avec la chambre des requêtes. Statuant, sinon au

---

(1) Voy. le rapport de la commission (Tripier, t. I, p. 135).

(2) Ce sont les expressions de M. Lombard (*op. cit.*, p. 114). — Voy., dans le même sens, M. Beudant (Dall., 67, 1, 195, à la note).

(3) Voy. Req., 3 mai 1863 (Dall., 63, 1, 125; S.-V. 63, 1, 137; *J. Pal.*, 1863, p. 644). — *Junge :* Caen, 16 août 1864; Pau, 18 déc. 1865 (*J. Pal.*, 1865, p. 217; 1866, p. 708; S.-V., 65, 2, 33; 66, 2, 178). — Voy. aussi l'arrêt précité de la Cour de Bourges du 21 août 1871.

point de vue de la compétence, au moins par rapport à la contrainte par corps, qui, avant la loi abolitive du 22 juillet 1867, aurait été la conséquence de la commercialité de l'obligation, elle a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'Angers, qui avait refusé d'ouvrir cette voie d'exécution contre les commanditaires, à raison de dividendes indûment distribués (1). « Attendu, a-t-elle dit, que si l'on doit considérer comme une dette commerciale donnant lieu à la contrainte par corps l'engagement pris par le commanditaire de verser le montant de sa souscription dans une société commerciale, on ne saurait attribuer le même caractère et les mêmes effets légaux à l'obligation du commanditaire qui, ayant versé intégralement sa mise, a reçu, en l'absence de bénéfices sociaux, des dividendes qu'il croyait lui être légitimement acquis; que si de l'indue perception de ces bénéfices naît pour le commanditaire l'engagement de les restituer, cet engagement n'a rien de commun avec l'obligation primitive du même commanditaire, laquelle a été définitivement éteinte par le versement de sa mise; que ce nouvel engagement, à la différence du premier, n'a pas lieu en vue de créer une société commerciale, de fonder son crédit et de prendre part aux bénéfices qu'elle pourra donner; qu'il résulte uniquement d'un fait involontaire d'indue réception de payement, qui, de la part d'un non commerçant, ne peut revêtir le caractère d'un acte de commerce ou de dette commerciale et constitue une obligation naturelle... » Il y a donc ici, d'après la chambre civile, non pas une obligation commerciale qui rende le commanditaire justiciable du Tribunal de commerce, mais simplement l'obligation civile prévue par cet art. 1376 du Code civil dont tout à l'heure nous avons invoqué la disposition pour fixer le point de départ des intérêts dus comme accessoires du dividende restitué (*suprà,* n° 1489); et nous nous rattachons à cette solution d'autant plus volontiers, qu'à notre avis l'obligation prise par le commanditaire de verser le montant de la souscription n'aurait pas elle-même le caractère commercial (*suprà,* n° 1424).

1493. La loi de 1867 ne se borne pas à limiter, dans les termes indiqués, les cas dans lesquels pourra être exercée l'action en répétition des dividendes fictifs. Elle veut, de plus, que cette action, lorsqu'elle est ouverte, soit limitée aussi quant à sa durée. L'art. 10 exprime, dans son quatrième paragraphe, que « l'action en répétition se prescrit par cinq ans, à partir du jour fixé pour la distribution des dividendes. » Ainsi, après un délai de cinq ans, dans lequel, d'ailleurs, il n'y a pas lieu de compter les jours termes (le *dies à quo* et le *dies ad quem*), l'action en répétition de dividendes fictifs est éteinte par la prescription. La loi de 1867, ses rédacteurs ont pris le soin de le dire, s'inspire ici de l'art. 64 du Code de commerce, d'après lequel toutes actions contre les associés non liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société; et,

(1) Voy. Angers, 18 janv. 1865, et Rej., 8 mai 1867 (S.-V., 65, 2, 211; 67, 1, 253; *J. Pal.*, 1865, p. 857; 1867, p. 642; Dall., 65, 2, 67; 67, 1, 193).

considérant comme une sorte de liquidation la distribution des dividendes à la clôture d'un exercice, elle lui applique la prescription de cinq ans édictée par cet art. 64 (1).

1494. L'action en répétition n'étant plus admise contre les commanditaires qui ont reçu de bonne foi les dividendes fictifs, on a assez généralement critiqué la disposition qui en abrége ainsi la durée. Si la responsabilité avait été maintenue en cas de bonne foi, a-t-on dit, on ne pourrait qu'approuver cette modification aux principes du droit commun sur la durée des actions. Mais quelle raison y avait-il de l'introduire dans la loi quand elle ne peut profiter qu'à des individus de mauvaise foi? Quelle indulgence méritent des actionnaires ou des commanditaires qui ont sciemment détourné le gage des créanciers? Il n'était assurément pas nécessaire de mettre un terme si prompt à leurs inquiétudes! (2) Il est certain, néanmoins, que la fraude ne doit pas nécessairement être supposée de la part de l'actionnaire dans tous les cas où l'action en répétition est ouverte contre lui. La présomption de la loi est sans doute contraire à la bonne foi, et même, nous l'avons vu, elle est exclusive de la preuve contraire (*suprà*, n° 1487). Il se peut, cependant, que l'actionnaire n'ait été qu'imprudent ou négligent, et qu'en fait sa bonne foi soit restée entière. C'est pour cela, sans doute, que le législateur, en accordant l'action, a cru devoir, dans une pensée d'équité, en abréger la durée et établir une courte prescription en principe. Il ne fallait pas, dit justement M. Bédarride, qu'un actionnaire, qui annuellement a reçu des sommes relativement minimes, qui a pu les consommer à mesure pour ses besoins et ceux de sa famille, pût être tenu pendant trente ans de restituer l'intégralité des sommes reçues accrues de l'intérêt légal (3).

1495. Cette prescription de cinq ans court, d'après le texte, à partir du jour fixé pour la distribution des dividendes. En ce point encore la loi a été critiquée. Tant que la société est *in bonis*, a-t-on dit, les créanciers sont sans intérêt à agir contre les associés (*suprà*, n° 1484), et ne seraient pas, d'ailleurs, en mesure de prouver qu'un préjudice résulte pour eux de la distribution des dividendes fictifs. C'est seulement dans le cas d'insolvabilité ou de faillite de la société que leur intérêt peut apparaître. En sorte qu'ils doivent provoquer cette faillite, mesure extrême qui peut tout compromettre, pour ne pas s'exposer, en restant dans l'inaction, à voir leur recours s'éteindre par la prescription (4). Mais étant donné que le délai de cinq ans a été inspiré par l'art. 64 du Code de commerce et a eu pour fondement l'idée que la distribution des dividendes est une sorte de liquidation, une liquidation partielle, on peut dire qu'en fixant à la distribution des dividendes le point de départ de ce délai, le législateur de 1867 n'a fait que suivre

---

(1) Voy. le rapport de la commission (Tripier, t. I, p. 135 et 136).
(2) Voy. MM. Vavasseur (n° 180), Lombard (*op. cit.*, p. 111 et 112), Lescœur (n° 328).
(3) Voy. M. Bédarride (*Loi de 1867*, n° 229).
(4) Voy. les auteurs cités dans l'avant-dernière note.

ou continuer l'analogie, la prescription de l'action édictée par l'art. 64 du Code de commerce ayant pour point de départ, d'après cet article, la fin ou la dissolution de la société.

1496. Enfin, l'art. 10 de la loi de 1867 règle, par une disposition transitoire, une question qui, aujourd'hui, n'a plus d'intérêt : c'est la question relative à la prescription commencée sous l'empire de la législation antérieure. Aux termes du paragraphe cinq, « les prescriptions commencées à l'époque de la promulgation de la présente loi, et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les lois anciennes, plus de cinq ans à partir de la même époque, seront accomplies par ce laps de temps. » C'est la reproduction de la règle posée par l'art. 2281 du Code civil à l'égard des prescriptions pour lesquelles les lois anciennes exigeaient plus de trente ans. Ainsi, la loi du 24 juillet 1867 ayant été promulguée le 29 juillet, la prescription de toute action en répétition des dividendes indûment perçus antérieurement a été définitivement acquise aux actionnaires ou commanditaires le 29 juillet 1872, et, sauf les effets de la suspension ou de l'interruption, aucune répétition n'a pu être utilement exercée depuis cette dernière date. Cela, d'ailleurs, comme l'explique la commission du Corps législatif dans l'un de ses rapports supplémentaires, n'a rien de contraire à la règle de la non-rétroactivité des lois, en ce qu'une prescription commencée ne saurait, en principe, être considérée comme formant un droit éventuel acquis (1).

SECTION III

DES RÈGLES SPÉCIALES AU FONCTIONNEMENT DES COMMANDITES PAR ACTIONS.

SOMMAIRE.

I. 1497. Ces règles sont formulées dans les art. 9 à 20 de la loi du 24 juillet 1867. — 1498. Texte de la loi et division.

I. — 1497. Les règles spéciales au fonctionnement de la société en commandite par actions sont précisées dans la loi du 24 juillet 1867 par les art. 9 à 20, dont plusieurs ont été déjà étudiés. En traitant de la constitution des sociétés, dans notre titre premier, nous avons expliqué les dispositions transitoires des art. 18 et 19 (n°s 1028, 1029, 1095, 1096 et 1097), et, en très-grande partie, les sanctions pénales édictées par les art. 13, 14, 15 et 16 (n°s 1039 et suiv.). Et, dans le titre second, relatif au fonctionnement des sociétés, nous avons expliqué tout ce qui, dans l'art. 10, a trait à la répétition des dividendes distribués par les gérants pendant l'existence de la société (n°s 1483 à 1496). Nous n'avons donc plus à nous occuper ici que des dispositions contenues dans les autres articles.

1498. Elles sont ainsi conçues :

« Art. 9. Les membres du conseil de surveillance n'encourent aucune responsabilité en raison des actes de la gestion et de leurs résultats.

(1) Voy. le troisième rapport (Tripier, t. I, p. 257).

» Chaque membre du conseil de surveillance est responsable de ses fautes personnelles, dans l'exécution de son mandat, conformément aux règles du droit commun.

» ART. 10. Les membres du conseil de surveillance vérifient les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société.

» Ils font, chaque année, à l'assemblée générale, un rapport dans lequel ils doivent signaler les irrégularités et les inexactitudes qu'ils ont reconnues dans les inventaires, et constater, s'il y a lieu, les motifs qui s'opposent aux distributions des dividendes proposées par le gérant.

» . . . .

» ART. 11. Le conseil de surveillance peut convoquer l'assemblée générale, et, conformément à son avis, provoquer la dissolution de la société.

» ART. 12. Quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, tout actionnaire peut prendre, par lui ou par un fondé de pouvoirs, au siége social, communication du bilan, des inventaires et du rapport du conseil de surveillance.

» ART. 13. ...... Sont punis de la même peine (amende de 500 à 10000 francs)......

» Ceux qui, en se présentant comme propriétaires d'actions ou de coupons d'actions qui ne leur appartiennent pas, ont créé frauduleusement une majorité factice dans une assemblée générale, sans préjudice de tous dommages-intérêts, s'il y a lieu, envers la société ou envers les tiers;

» Ceux qui ont remis les actions pour en faire l'usage frauduleux.

» Dans les cas prévus par les deux paragraphes précédents, la peine de l'emprisonnement de quinze jours à six mois peut, en outre, être prononcée.

» ART. 15. Sont punis des peines portées par l'art. 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie :

» 3° Les gérants qui, en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs.

» Les membres du conseil de surveillance ne sont pas civilement responsables des délits commis par le gérant.

» ART. 16. L'art. 463 du Code pénal est applicable aux faits prévus par les articles qui précèdent.

» ART. 17. Des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs mandataires de soutenir, tant en demandant qu'en défendant, une action contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance, et de les représenter, en ce cas, en justice, sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel. »

Comme il est aisé de le voir, ces dispositions, empruntées, sauf quelques modifications de détail, aux lois maintenant abrogées de 1856 sur

les commandites par actions, et de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, ont trait : 1° à la mission soit du gérant, soit du conseil de surveillance et des assemblées générales ; 2° aux sanctions soit civiles, soit pénales, encourues par ceux qui, dans le fonctionnement de la société, manquent aux obligations imposées par la loi ; 3° enfin, aux actions judiciaires dans l'intérieur de la société. Nous diviserons cette section en trois paragraphes, dans lesquels ces divers points seront successivement étudiés.

§ Ier. — DE LA MISSION DU GÉRANT, DU CONSEIL DE SURVEILLANCE ET DES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

I. 1499. La division du capital social en actions ne change rien au principe fondamental de la commandite; en en maintenant les éléments essentiels et constitutifs, la loi de 1867 s'attache à préciser certaines obligations spéciales.

II. 1500. *Du gérant.* Il est, comme dans la commandite simple, la personnification de la société; c'est à lui qu'il appartient d'agir; mais il a des devoirs particuliers qui sont corrélatifs aux attributions des conseils de surveillance et aux droits des assemblées générales. — 1501. Convocation des assemblées, confection du bilan et de l'inventaire, rapport et reddition annuels des comptes, etc.

III. 1502. *De la surveillance.* Elle est exercée par un conseil dont la constitution a été rendue obligatoire par les lois nouvelles quant aux commandites par actions. — 1503. Attributions du conseil de surveillance : il y en a de spéciales au premier conseil, renvoi; il y en a qui sont générales ou communes à tous les conseils. — 1504. Ces dernières attributions sont précisées par la loi du 24 juillet 1867 dans les art. 10 (§§ 1 et 2) et 11; énumération. — 1505. Elles ne relèvent pas les membres du conseil de l'interdiction qui pèse sur tous les commanditaires de s'immiscer dans la gestion. — 1506. Les membres du conseil doivent les remplir par eux-mêmes; ils ne peuvent se faire remplacer : agissent-ils collectivement ou individuellement? — 1507. Transition à l'examen détaillé de ces obligations et des devoirs des conseils de surveillance.

IV. 1508. 1° Le conseil de surveillance doit d'abord et avant tout veiller à la régularité de sa constitution même, et, en conséquence, aviser, en cas de démembrement par absence, décès ou démission, à ce que le nombre de ses membres soit complété par l'assemblée générale; renvoi. — 1509. 2° Il doit, et il peut en tout temps, vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société. — 1510. But de cette vérification; sa nature et ses conditions. — 1511. 3° Le conseil de surveillance doit faire, chaque année, à l'assemblée générale des actionnaires, un rapport sur les inventaires dressés par le gérant, et il peut convoquer l'assemblée générale ordinaire à cet effet. — 1512. Objet et caractère de ce rapport, ce qu'il doit contenir et comment il doit être rédigé. — 1513. 4° Le conseil de surveillance peut, quand bon lui semble, convoquer l'assemblée générale extraordinaire, et, conformément à son avis, provoquer la dissolution de la société : renvoi.

V. 1514. *Des assemblées générales.* Elles doivent être réunies, dans la période de constitution de la société, pour la vérification des apports autres qu'en numéraire et la transformation des actions nominatives en titres au porteur : renvoi. — 1515. En outre, au cours de la société, il peut y avoir des réunions extraordinaires provoquées soit par le conseil de surveillance, soit par le gérant. — 1516. Mais, de plus, *il doit* y avoir, tous les ans, au moins une réunion ordinaire, pour entendre le rapport du conseil de surveillance. — 1517. Quinze jours avant cette réunion, tout actionnaire peut prendre communication du bilan, des inventaires et du rapport du conseil de surveillance. — 1518, 1519. Caractère de cette communication; où, à qui et comment elle doit être faite. — 1520. Il n'est rien dit, par la loi, de la composition de l'assemblée et de la formation de la majorité relativement aux sociétés en commandite : conséquences.

I. — 1499. Nous avons dit que la société en commandite, en quelque forme qu'elle soit établie, reste soumise à des principes fondamentaux

toujours les mêmes; que, divisée par actions aussi bien que simple ou par intérêts, elle est nécessairement une association dans laquelle deux éléments distincts se trouvent réunis : l'un (l'élément personnel), qui agit et dirige, représenté par les commandités ou les gérants indéfiniment responsables; l'autre (l'élément réel), qui surveille et contrôle, représenté par les commanditaires ou actionnaires, tenus seulement jusqu'à concurrence de la mise ou de l'apport fait ou promis à la société. La loi de 1867, en réglementant les commandites par actions, ne touche en aucune manière à ces éléments essentiels et constitutifs des sociétés de l'espèce; elle en suppose l'existence, et, comme on a pu le voir par les dispositions ci-dessus transcrites, elle s'attache uniquement à préciser certaines obligations qu'elle impose aux gérants, aux conseils de surveillance et aux assemblées d'actionnaires, c'est-à-dire aux divers organes que comporte ou plutôt que nécessite le fonctionnement de la société.

II. — 1500. *Du gérant.* Ses fonctions, ses droits, ses attributions, ses pouvoirs, dans la commandite par actions, sont exactement les mêmes que dans la commandite simple ou par intérêt, et, sous ce rapport, nous n'avons rien à ajouter aux observations présentées dans la section qui précède. Le gérant, dans la commandite par actions, est, comme dans la commandite simple, la personnification de la société, qu'il oblige vis-à-vis des tiers; il a l'action et la puissance dans la conduite des affaires sociales (*suprà,* n[os] 1440 et suiv.). Mais il est aussi, et en même temps, un mandataire véritable dans ses rapports avec la société ou les associés (n[os] 1434 et suiv.). Et, à ce titre, il a des devoirs spéciaux à remplir, devoirs indiqués par la loi, qui, pour cette forme particulière de la commandite, a entendu que le contrôle et la surveillance resteraient incessamment placés à côté de l'action.

1501. D'abord et avant tout, le gérant devra convoquer et réunir l'assemblée générale des actionnaires, à laquelle il appartient de former le conseil chargé de surveiller et de contrôler sa gestion. Il est tenu de convoquer l'assemblée, non-seulement dans la période de constitution quand il s'agit d'établir ce conseil (*suprà,* n° 1036), mais encore pendant l'existence de la société toutes les fois que, soit pour cause de réélection, soit en raison d'absence, de démission ou de décès, il y a lieu de le renouveler ou de le compléter. — Il est spécialement chargé ensuite de constituer les documents où se reflètent les opérations sociales, c'est-à-dire le bilan dans lequel sont résumés l'actif et le passif de la société, et l'inventaire, où est contenu le détail des valeurs constatées au bilan. — Il doit déposer ces documents (et d'autres encore) au siége social, pour que tout actionnaire en puisse prendre communication (art. 12, *infrà,* n° 1517). — Il est tenu de rendre compte chaque année à l'assemblée générale, tant dans un rapport écrit que dans les explications verbales qui peuvent lui être demandées, des opérations sociales, de leur résultat, des affaires engagées; en un mot, de tout ce qui a trait à l'exécution de son mandat. Il doit, en outre, se tenir toujours à la disposition du conseil de surveillance pour les véri-

fications, que les membres de ce conseil peuvent faire quand ils le jugent à propos, des livres, de la caisse, du portefeuille et des valeurs de la société (art. 10, *infrà*, n° 1509). — Ajoutons, enfin, à ces obligations imposées par la loi sous une sanction à préciser ultérieurement (n°s 1523 et suiv.), celle de faire aux actionnaires la répartition en dividendes des bénéfices réalisés et constatés (*suprà*, n°s 1481 et suiv.); et, sans insister davantage, passons à la *surveillance*, qui nous arrêtera plus longtemps.

III. — 1502. *De la surveillance*. Le soin de surveiller et de contrôler le gérant et ses actes est dévolu à un conseil dont la constitution, on le sait, a été rendue obligatoire par la loi du 17 juillet 1856, et qui, depuis, est resté l'un des rouages nécessaires, l'un des éléments essentiels de toute société en commandite par actions (*suprà*, n°s 1026 et suiv.). Il ne s'agit plus maintenant ni de la formation du conseil de surveillance ou de sa composition, ni des conditions d'éligibilité de ses membres et de la durée de leurs fonctions : tous ces points ont été précisés et développés *loc. cit.* Il ne doit être question ici que de leurs attributions.

1503. Le conseil de surveillance a des attributions diverses. Il en est d'abord de spéciales au premier conseil et qui se rattachent à la constitution même de la société. Ce conseil doit, immédiatement après sa nomination, s'assurer de l'accomplissement de toutes les conditions, soit extrinsèques, soit intrinsèques, requises pour que la société puisse se dire régulièrement constituée; il doit, notamment, vérifier s'il a été satisfait aux prescriptions de la loi touchant l'appréciation et l'approbation des apports ne consistant pas en numéraire et des avantages particuliers, la division du capital social, la souscription de ce capital, le versement obligatoire du premier quart, etc. Cette obligation, déjà expliquée dans le titre premier relatif à la constitution des sociétés par actions (n°s 1052 et suiv.), n'est ici rappelée que parce que la question s'est élevée de savoir si elle est imposée aux conseils de surveillance qui ont succédé au premier, dans le cas d'augmentation du capital social pendant l'existence de la société. L'affirmative s'induit des motifs d'un arrêt de la Cour d'Aix, d'après lequel le conseil de surveillance serait tenu, au moment où le capital social vient à être augmenté par la souscription d'actions nouvelles, des mêmes obligations que lors de la constitution de la société, c'est-à-dire de vérifier la réalité de la souscription et des versements complémentaires (1). La proposition s'accorde sans doute avec la doctrine consacrée par la Cour de cassation, et suivant laquelle il faudrait étendre au capital d'augmentation les conditions édictées par la loi en vue du capital de fondation des sociétés par actions qui se constituent. Mais cette doctrine est, à notre avis, contraire à la pensée de la loi, et nous avons essayé d'établir que les dispositions relatives à la souscription du capital et au versement du quart sont inapplicables au capital d'accroissement d'une société qui, établie

---

(1) Aix, 9 avr. 1867, rapporté par les Recueils, avec Rej., 11 mai 1870 (*J. Pal.*, 1870, p. 1118; S.-V., 70, 1, 425; Dall., 70, 1, 402). Voy. aussi M. Dolez (p. 313).

déjà et légalement constituée, appelle ce capital complémentaire en exécution d'une clause écrite dans ses statuts (*suprà*, nos 876 et 877). D'après cela, l'obligation de vérifier la réalité de la souscription et du versement se rapporterait exclusivement, selon nous, au capital originaire, au capital de constitution, en sorte que ni le premier conseil, ni les conseils ultérieurs, n'en seraient tenus en ce qui concerne les capitaux complémentaires apportés à la société pendant son existence, par suite ou en vertu d'accroissements prévus et autorisés par les statuts.

1504. Les attributions communes à tous les conseils de surveillance sont précisées par la loi. Les membres de tout conseil de surveillance doivent et peuvent, en tout temps, vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société (art. 10, § 1). — Ils doivent, chaque année, faire à l'assemblée générale des actionnaires un rapport sur les inventaires dressés par le gérant, et ils peuvent convoquer l'assemblée générale ordinaire à cet effet (même article, § 2). — Enfin, ils peuvent, quand bon leur semble, convoquer l'assemblée générale extraordinaire, et, conformément à son avis, provoquer la dissolution de la société (art. 11). Avant de reprendre ces attributions diverses en détail, fixons quelques points généraux.

1505. Et d'abord, les fonctions attribuées aux membres du conseil ne les relève en aucune manière de l'interdiction qui pèse sur tous les commanditaires de participer à la gestion par des actes d'immixtion. L'esprit de la loi, disait le rapporteur de la commission législative en 1856, n'est pas un esprit hostile à l'autorité du gérant. La loi n'admet pas que le conseil de surveillance puisse participer aux actes de gestion extérieurs et patents; là serait cette confusion, qui amène la pénalité prononcée contre tout associé qui s'immisce dans l'administration. La loi n'admet pas même une intervention pour ainsi dire domestique dans la direction pratique et journalière des affaires. Un gérant n'est pas libre quand un conseil d'intéressés lui trace la marche à suivre, prend part à chaque instant à ses opérations, indique celles qui sont à faire, lui demande compte de ses projets, de ses relations, de ses secrets de fabrication. Le conseil de surveillance a le contrôle, le conseil; il n'a pas la conduite (1). Ces observations restent encore exactes sous la loi de 1867, dont l'art. 10 reproduit presque textuellement l'art. 8 de celle de 1856. Ainsi, les membres du conseil de surveillance devront prendre soin, en accomplissant leur mission, d'éviter tout acte d'immixtion, pour n'être pas déclarés responsables dans les termes de l'article 28 du Code de commerce. A ce point de vue, la loi de 1867 n'a pas innové.

1506. Ils devront remplir par eux-mêmes la mission qui leur est confiée. Au cours de la discussion de la loi de 1856, un membre du Corps législatif demandait, à l'occasion de l'art. 8, si, dans le cas où un membre du conseil serait empêché, il pourrait se faire représenter. « Cela est évidemment impossible », répondit le rapporteur de la com-

(1) Voy. le rapport de M. Langlais (Tripier, *Loi de 1856*, p. 59).

mission (1). Et, en effet, la mission dont le conseil de surveillance est investi a un caractère essentiellement personnel : c'est une mission de confiance. Par cela même, on ne comprendrait guère que les membres nommés fussent admis à se faire remplacer dans l'accomplissement des fonctions qui leur sont confiées. On va même jusqu'à dire qu'ils sont tous également tenus de donner leurs soins à la surveillance et ne peuvent s'en décharger les uns sur les autres (2). Ce n'est pas, toutefois, qu'ils doivent procéder *collectivement*. Il est bien dans la pensée de la loi qu'ils y procèdent de concert. Mais cela n'est nullement exclusif de l'action individuelle. La loi dit qu'il sera procédé aux vérifications qu'elle prescrit, non par *le conseil de surveillance,* mais par *les membres du conseil de surveillance*. Et si par là elle exclut manifestement l'intervention d'un étranger, elle ne s'oppose en aucune manière à ce que les membres du conseil conviennent entre eux que les fonctions seront exercées au nom de tous par chacun à tour de rôle, ou que, toujours au nom de tous, chacun d'eux y prendra telle part spéciale et déterminée (3).

1507. Après ces indications générales, reprenons distinctement chacune des attributions communes à tous les conseils de surveillance; précisons, sur chacune, les droits et obligations qui en résultent, ainsi que les règles à observer.

IV. — 1508. Tout conseil de surveillance doit être composé au moins de trois membres pris parmi les actionnaires. C'est, nous l'avons dit, un nombre *minimum* au-dessous duquel les membres de la société réunis pour en surveiller la marche ne formeraient pas un conseil de surveillance (*suprà,* n° 1038). De là un devoir qui s'impose incessamment aux membres du conseil : ils doivent veiller à ce que le conseil soit et reste constamment établi dans les conditions de nombre fixées par la loi. Si donc il venait à se démembrer; si, par suite de décès ou de retraites il tombait au-dessous du nombre réglementaire, les membres restant en exercice, d'accord avec le gérant, auraient à aviser, sans retard, à ce que les actionnaires de la société se réunissent en assemblée générale pour compléter le conseil par le remplacement des membres démissionnaires ou décédés. Nous nous bornons à rappeler ce point, déjà précisé dans la partie de nos explications relative à la constitution des sociétés (*suprà,* n° 1040), et nous passons aux attributions qui caractérisent plus particulièrement la mission de surveillance dont le conseil est spécialement chargé.

1509. Les membres du conseil de surveillance vérifient les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société. Ainsi dispose le § 1er de l'art. 10 de la loi de 1867, reproduisant textuellement en cela l'article 8, § 1, de celle de 1856. C'est une vérification que les membres

(1) Voy. M. Tripier (*ibid.*, p. 96 et 97).
(2) Voy. Lyon, 11 juill. 1873 (Dall., 74, 2, 209; *J. Pal.*, 1874, p. 346; S.-V., 74, 2, 73).
(3) *Comp.* MM. Rivière (*Loi de 1867*, n° 91), Vavasseur (n° 145), Asseline (*Rev. prat.*, t. XXV, p. 428).

du conseil doivent faire une fois au moins chaque année, à l'époque de l'inventaire, pour se mettre en mesure de présenter à l'assemblée générale des actionnaires le rapport annuel dont nous aurons à parler tout à l'heure (*infrà*, nos 1511 et 1512). Toutefois, ils la peuvent faire en tout temps et aussi souvent qu'ils le jugent nécessaire. Ils doivent s'abstenir, sans doute, d'investigations qui, trop souvent répétées, dégénéreraient en tracasseries vis-à-vis du gérant, dont elles paralyseraient l'action, sans profit pour la société et peut-être à son détriment. Mais il importe qu'ils puissent toujours, et à l'heure par eux choisie, procéder à leurs vérifications et se rendre compte tant de l'état de la société que de la direction imprimée par le gérant aux affaires sociales.

1510. Le droit de vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société, emporte le droit d'exiger du gérant communication des pièces, des registres, de la correspondance, de tous les documents, en un mot, susceptibles d'aider à l'exercice d'un contrôle qui doit être accompli rigoureusement et avec la plus grande exactitude.

Ainsi, quant aux livres, le droit de les vérifier s'étend à tous ceux qui sont tenus par le gérant. Ce dernier doit donc soumettre aux membres du conseil ceux qu'il tient facultativement, aussi bien que ceux dont la tenue est obligatoire; tous les livres, quels qu'ils soient, tombent sous le contrôle du conseil dès qu'ils se réfèrent aux opérations de la société. Et ils doivent tous être l'objet d'un examen détaillé et approfondi. Le conseil ne remplirait pas sa mission, par exemple, si, au lieu de se livrer à l'examen de toutes les valeurs relevées dans le livre des traites et remises, il s'en tenait à un examen superficiel des balances de comptes portées sur le grand-livre (1).

La vérification doit porter ensuite, et tout particulièrement, sur l'actif de la société : donc, les membres du conseil vérifient la caisse, ce qui sera toujours facile; le portefeuille et les valeurs sociales, ce qui, en certains cas, pourra présenter quelques difficultés. — En ce qui concerne le portefeuille, la vérification n'est complète qu'à la condition de porter sur la qualité aussi bien que sur la quantité des effets qu'il contient. Sans doute, la force même des choses s'oppose à ce que le résultat de la vérification, sous le premier rapport, soit absolument certain : les membres du conseil de surveillance ne pourront apprécier la solvabilité des débiteurs sociaux qu'au moyen des données qu'ils auront sous la main; ils ne sauraient être tenus d'ouvrir une enquête à l'égard de chacun des débiteurs de la société. Sous le second rapport, au contraire, il y a, pour se rendre compte du nombre des effets qui à une date quelconque doivent se trouver en portefeuille, un moyen certain, lequel, indiqué par la Cour de Lyon, consiste : 1° à en prendre la quantité au 31 décembre précédent; 2° à y ajouter, en faisant le relevé sur le livre des

---

(1) Voy. Lyon, 11 juill. 1873 (S.-V., 74, 2, 73; *J. Pal.*, 1874, p. 346; Dall., 74, 2, 209). L'arrêt décide néanmoins, et avec raison, que, spécialement dans une maison de banque, le conseil n'est pas tenu d'examiner tous les comptes courants, quand leur nombre rend l'opération impossible, ou même quelques-uns de ces comptes, si rien ne les leur signale d'une manière particulière.

traites et remises, tous les billets entrés à la date donnée; 3° à retrancher du chiffre total tous les effets sortis (1). — En ce qui concerne *les valeurs de la société*, c'est-à-dire toute la partie de l'actif social qui ne rentre pas soit dans la caisse, soit dans le portefeuille, elles s'entendent des marchandises, du matériel, de l'outillage, des brevets d'invention, des actions de la société, des immeubles où elle fonctionne, etc., etc. Tout cela doit être l'objet, de la part des membres du conseil, d'une vérification et d'un examen d'autant plus rigoureux que c'est sur ces valeurs, et tout particulièrement sur les marchandises, qu'un gérant malhonnête ou peu scrupuleux pourrait le plus facilement arriver, par des exagérations d'actif, soit à dissimuler ses irrégularités ou ses fraudes, soit même à créer des dividendes fictifs.

1511. Quand ils ont accompli toutes les opérations de vérification qui leur sont imposées, les membres du conseil de surveillance sont à même de reconnaître si les bilans présentés par les gérants sont exacts et sincères, et de soumettre aux actionnaires réunis en assemblée générale leur appréciation raisonnée. C'est, d'ailleurs, ce qu'ils doivent faire dans un rapport annuel que la loi de 1856 (art. 8, § 2) avait rendu obligatoire en ces termes : « Ils (les membres du conseil) font, chaque année, un rapport à l'assemblée générale sur les inventaires et sur les propositions de distributions de dividendes faites par le gérant. » La loi de 1867 a dit, par une formule quelque peu différente, mais dans les termes seulement, que les membres du conseil « font, chaque année, à l'assemblée générale, un rapport dans lequel ils doivent signaler les irrégularités et inexactitudes qu'ils ont reconnues dans les inventaires, et constater, s'il y a lieu, les motifs qui s'opposent aux distributions des dividendes proposés par le gérant. » (Art. 10, § 2.) Corrélativement à cette obligation de faire le rapport existe, pour le conseil, le droit, ou même le devoir, de convoquer l'assemblée générale ordinaire à laquelle ce rapport doit être présenté. Le gérant pourrait faire la convocation, sans doute; mais c'est nécessairement au conseil qu'appartient l'initiative, et il devrait passer outre en cas de résistance du gérant.

1512. Le conseil est appelé, selon l'expression même de la loi, à signaler dans le rapport les irrégularités et inexactitudes des inventaires, ce qui ne veut pas dire qu'il n'aurait pas de rapport à présenter s'il n'y avait ni irrégularités ni inexactitudes à signaler. Le rapport annuel étant obligatoire, les membres du conseil doivent, en toute hypothèse, le faire chaque année. Ils y tracent l'état vrai de la société, analysent exactement et d'une manière raisonnée l'inventaire présenté par le gérant, et, suivant l'occurrence, en constatent l'exactitude et la régularité, ou en signalent les erreurs et les inexactitudes; enfin, si des dividendes sont proposés, ils expriment les motifs d'en autoriser ou d'en interdire la distribution. Tel est l'objet du rapport. Le meilleur moyen d'en faciliter la rédaction aux membres du conseil de surveillance et d'en assurer l'exactitude eût été de leur permettre ou même de leur imposer

(1) Voy. l'arrêt de Lyon cité à la note précédente.

l'obligation d'intervenir dans la confection de l'inventaire. Mais il a paru absolument inconciliable avec le caractère essentiellement passif imprimé par la loi à la mission du conseil. Et il a été entendu, dans les débats législatifs, soit en 1856, soit en 1867, que ces opérations de l'inventaire resteraient dans le domaine exclusif du gérant, et que les membres du conseil n'y devraient pas intervenir à peine d'immixtion. Ces derniers se borneront donc à refaire les opérations de leur côté, mais uniquement pour contrôler celles du gérant dans leur compte rendu, ou leur rapport annuel.

Ce rapport, simple exposé dans lequel, par conséquent, il peut y avoir des approbations ou des critiques, mais jamais une décision, doit contenir l'opinion de tous les membres du conseil. S'il y a des divergences entre eux, elles seront exprimées et soumises à l'assemblée générale, à laquelle seule il appartient de décider. A ce propos, on fait généralement remarquer qu'il importe, dans l'intérêt privé des membres du conseil, et au point de vue des responsabilités dont il sera question au paragraphe suivant, que chaque avis individuel soit exprimé et que le rapport soit inséré dans le procès-verbal de la délibération de l'assemblée, afin que, le cas échéant, la part de chacun puisse être aisément déterminée (1).

1513. Enfin, aux termes de l'art. 11 de la loi de 1867, le conseil de surveillance peut, quand cela lui paraît opportun, convoquer l'assemblée générale extraordinaire, et, conformément à son avis, provoquer la dissolution de la société. Cette disposition reproduit, mais avec une modification sinon dans la pensée au moins dans l'expression, celle de l'art. 9 de la loi de 1856. Elle consacre, en faveur du conseil de surveillance, la double faculté que ce dernier article exprimait en ces termes : « Le conseil de surveillance peut convoquer l'assemblée générale. Il peut aussi provoquer la dissolution de la société. »

En général, les statuts de la société s'attachent à prévoir les cas dans lesquels l'assemblée devra être convoquée. Et, alors, le conseil de surveillance a incontestablement le droit de faire la convocation. Mais, en dehors de ces cas, il en peut survenir d'autres dans lesquels il soit utile ou même nécessaire de réunir les actionnaires en assemblée extraordinaire pour recevoir telles ou telles communications et en délibérer. Il appartient également au conseil de surveillance de convoquer cette assemblée extraordinaire. C'est la faculté qui lui est accordée en première ligne par l'art. 11 de la loi de 1867 : le conseil pourrait l'exercer malgré l'opposition du gérant. Il est même généralement admis aujourd'hui qu'elle ne saurait lui être enlevée, ni même être restreinte par une stipulation du pacte social (2). Toutefois, le conseil devra faire usage de son droit à cet égard avec une grande réserve et seulement quand les circonstances l'exigeront impérieusement. Il importe, dans l'intérêt

---

(1) Voy. MM. Mathieu et Bourguignat (n° 87), Vavasseur (n° 146), Rivière (n° 95), Ameline (n° 82).

(2) Voy. MM. Rivière (nos 107 et 111), Vavasseur (n° 148), Alauzet (n° 505), Ameline (n° 99), Dalloz (*Rép.*, v° Soc., n° 1231).

même de la société et de son crédit, d'éviter les trop fréquentes réunions des actionnaires en assemblée générale (1).

En ce qui concerne la faculté de provoquer la dissolution de la société, accordée en seconde ligne au conseil par l'art. 11, nous n'y insisterons pas quant à présent. Les termes, en apparence absolus, de la loi de 1856, avaient permis de mettre en question le point de savoir s'il appartenait au conseil de surveillance de s'adresser directement aux tribunaux pour leur demander, sans autre garantie que leur volonté propre, de rompre la société. Sans doute, cette action directe lui était généralement refusée. Le rôle des membres du conseil de surveillance, disait notamment M. Bravard, est d'en référer à l'assemblée des actionnaires, de lui fournir tous les renseignements propres à l'éclairer; mais c'est à cette assemblée seule qu'il appartient de prononcer la dissolution, ou d'agir en justice s'il y a des résistances (2). C'est précisément pour renfermer dans ces termes le droit du conseil de surveillance que le législateur de 1867, modifiant, dans l'expression, le texte de 1856, a déclaré que le conseil de surveillance pourrait « convoquer l'assemblée générale, et, *conformément à son avis*, provoquer la dissolution de la société. » Mais de ce texte ainsi modifié naissent des questions diverses dont l'examen a naturellement sa place dans le titre suivant, où il est traité de la dissolution des sociétés.

V. — 1514. *Assemblées générales.* Les assemblées générales n'ont pas assurément, dans la société en commandite par actions, un rôle aussi important que dans les sociétés anonymes, où, nous le verrons au chapitre suivant, elles sont véritablement prépondérantes. Elles ont néanmoins, dans la commandite, une place marquée : il y a, en effet, des circonstances diverses dans lesquelles les actionnaires peuvent ou même doivent être réunis en assemblée générale.

Et, d'abord, leur réunion est nécessaire, dans la période de constitution, lorsqu'il est fait, par un ou plusieurs associés, des apports ne consistant pas en numéraire, ou quand il est stipulé à leur profit des avantages particuliers. Le législateur exige, dans ces cas, la réunion de deux assemblées pour la vérification et l'approbation des apports ou avantages (art. 4, *L. de 1867*). — Dans cette même période, ou du moins avant tout fonctionnement de la société, une assemblée générale est nécessaire, même n'y eût-il ni apports en nature, ni stipulation d'avantages particuliers, pour nommer le conseil de surveillance, qui doit être établi dans chaque société en commandite par actions immédiatement après sa constitution définitive (art. 5). Enfin, si la société, usant de la faculté qui lui est accordée sous certaines conditions, juge

(1) Le Corps législatif, en 1867, a refusé, dans cette pensée, d'accueillir un amendement aux termes duquel, « sur la réquisition d'un nombre quelconque d'actionnaires représentant au moins un cinquième du capital, le gérant ou le conseil de surveillance aurait dû convoquer une assemblée générale..., et, sur le refus du gérant ou du conseil de surveillance d'obtempérer à la réquisition, la convocation aurait pu être faite directement par les actionnaires. » Voy. *Comm. législ.* de M. Tripier (t. II, p. 533 et suiv.).

(2) Voy. M. Bravard (*Soc. comm.*, p. 168).

à propos de convertir en titres au porteur ses actions nominatives, les actionnaires doivent être réunis en assemblée générale pour en délibérer et voter (art. 3). Nous avons dit, en traitant de la constitution des sociétés, quelle est la mission spéciale de chacune de ces assemblées (*suprà*, nos 930 et suiv., 982 et suiv., 1032 et suiv.); nous nous référons à nos précédentes explications.

1515. En outre, *il peut* y avoir, au cours de la société et pendant son fonctionnement, des assemblées générales *extraordinaires* dont la réunion est provoquée soit par le gérant, soit par le conseil de surveillance : par le gérant, s'il a des communications importantes à faire à la société ou à prendre une résolution sur laquelle il croit devoir consulter les actionnaires; par le conseil de surveillance, s'il estime qu'il y a lieu de provoquer des mesures graves, spécialement la dissolution de la société (art. 11, *suprà*, n° 1513).

1516. Mais, de plus, *il doit* y avoir, tous les ans, au moins une assemblée générale *ordinaire* pour entendre le rapport des membres du conseil de surveillance, ce rapport dans lequel doivent, s'il y a lieu, être signalées les irrégularités et inexactitudes des inventaires, et, le cas échéant, les motifs qui s'opposent aux distributions des dividendes proposés par le gérant (art. 10, § 2). C'est dans cette assemblée que les actionnaires peuvent individuellement, sans compromettre leur qualité de commanditaires, discuter les actes de la gestion, les contrôler, exprimer leur opinion sur ce qu'il convient de faire à l'avenir, donner des conseils sur la marche à suivre, etc. La loi de 1867, loin de leur contester ce droit, s'est attachée à leur en faciliter l'exercice.

1517. En effet, aux termes de l'art. 12, « quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, tout actionnaire peut prendre, par lui ou par un fondé de pouvoir, au siége social, communication du bilan, des inventaires et des rapports du conseil de surveillance. » C'est là une disposition nouvelle; elle n'existait pas dans la loi de 1856 (1), et elle a été ajoutée à celle de 1867 « pour que le rapport annuel du conseil de surveillance rencontrât une assemblée éclairée et aboutît à une délibération sérieuse. » (2) On avait d'abord pensé qu'il suffirait, pour atteindre ce but, d'autoriser tout actionnaire à prendre communication du bilan et des inventaires. Mais, au cours de la discussion, il fut proposé par amendement d'ajouter au bilan et aux inventaires d'abord le rapport *du conseil de surveillance,* et ensuite celui *du gérant.* Toutefois, par une sorte de transaction, et surtout en vue de mettre en harmonie l'article en discussion avec l'art. 35 (alors voté) sur les sociétés anonymes, il fut admis qu'il pouvait être désirable pour les actionnaires de pouvoir connaître à l'avance, en même temps que le bilan et les inventaires, le rapport fait par le conseil de surveillance. L'amen-

(1) On jugeait néanmoins, par application des principes généraux, que tout actionnaire d'une société en commandite (antérieure à la loi de 1867) a le droit d'exiger communication du rapport fait par des experts, en exécution d'une délibération de l'assemblée générale, sur la situation de la société et l'administration des gérants. Lyon, 17 nov. 1869 (*J. Pal.*, 1871, p. 99; Dall., 71, 2, 133; S.-V., 71, 2, 26).

(2) Rapport de la commission (Tripier, t. I, p. 137).

dement ne fut donc accueilli que dans cette mesure (1). Seulement, il fut entendu qu'à défaut de la loi, les statuts sociaux pourraient prescrire la communication même du rapport du gérant à tout actionnaire qui le voudrait connaître avant la réunion de l'assemblée.

1518. Au gérant incombe l'obligation de déposer les pièces et documents dont communication est autorisée ou prescrite soit par la loi, soit par les statuts sociaux, et aussi d'avertir les actionnaires par insertions dans les journaux que ces pièces sont à leur disposition. La communication, alors, est obligatoire. Tout actionnaire, fût-il propriétaire d'une seule action, a le droit de l'exiger. En cas de refus ou de résistance de la part du gérant, l'actionnaire doit le faire constater par huissier, et il peut se pourvoir immédiatement devant le juge des référés, que la jurisprudence déclare compétent, en cas d'urgence, pour ordonner la communication (2).

1519. Mais elle est faite sans déplacement : la communication, est-il dit à l'art. 12, doit être prise *au siége social.* Il est clair, cependant, que si une simple lecture des documents ne paraissait pas suffisante à l'actionnaire pour se rendre compte et s'éclairer, il en pourrait prendre à ses frais des extraits ou des copies. La loi veut avant tout que les actionnaires soient en mesure de délibérer sérieusement dans l'assemblée à laquelle ils sont appelés; la communication préalable qu'elle autorise n'a pas d'autre objet, et tout ce qui peut tendre au but rentre naturellement dans son esprit. C'est pour cela aussi qu'elle permet l'entremise d'un mandataire : tout actionnaire, est-il dit encore, peut prendre communication par lui *ou par un fondé de pouvoir*. Il lui sera donc loisible : — s'il est présent et se défie de ses propres lumières, de se faire assister d'une personne plus expérimentée; — s'il est absent, de se faire représenter par un fondé de pouvoir muni d'un mandat régulier.

1520. Remarquons, en terminant, que, sauf en ce qui concerne les assemblées initiales dont la mission est de vérifier et approuver les apports en nature ou les avantages particuliers (*suprà,* n°s 999 et suiv.), la loi n'a rien réglé touchant la composition des assemblées et la formation de la majorité. Elle a pris le soin de fixer ces points, pour les sociétés anonymes, dans une série d'articles (27 et suiv.), que nous étudierons au chapitre suivant. Mais elle est restée muette, à cet égard, quant aux sociétés en commandite par actions. Et, par cela même, elle a laissé à ces sociétés toute liberté pour régler, par les statuts, le régime intérieur des assemblées, ordinaires ou extraordinaires, autres que celles dont la mission est de vérifier et approuver les apports en nature ou les avantages particuliers. Ainsi, il pourrait être stipulé que, pour prendre part à ces assemblées, il faut être propriétaire d'un nombre déterminé d'actions; que, pour être valables, les délibérations devront être prises par un nombre de membres présents représentant telle ou telle fraction du capital social, etc., etc.

---

(1) Voy. Tripier (*ibid.*, t. I, p. 259, et 605 et suiv.).
(2) Voy. l'arrêt cité de la Cour de Lyon du 17 novembre 1869.

§ II. — SANCTIONS DES RÈGLES RELATIVES AU FONCTIONNEMENT DE LA COMMANDITE PAR ACTIONS.

SOMMAIRE.

I. 1521. De même que les conditions constitutives, les prescriptions relatives au fonctionnement de la société sont édictées sous des sanctions soit civiles, soit pénales.

II. 1522. SANCTIONS CIVILES. Les personnes dont la responsabilité civile peut être engagée sont le gérant et les membres du conseil de surveillance. — 1523. Le gérant répond, vis-à-vis des associés, d'abord de la nullité de la société pour inaccomplissement des conditions constitutives (art. 8, renvoi), et ensuite des fautes commises dans l'exécution de son mandat. — 1524. Envers les tiers, il répond également de l'omission des formalités initiales, et, en outre, essentiellement des dettes sociales. — 1525. *Quid* lorsque ses fonctions n'ont pas continué pendant toute la durée de la société? — 1526. Application spéciale de la responsabilité au cas de répétition de dividendes fictifs distribués aux actionnaires.

III. 1527. Les membres du conseil de surveillance répondent de leurs fautes personnelles; mais les conditions de leur responsabilité ont été notablement modifiées par la loi de 1867. — 1528. État des choses sous ce rapport antérieurement à la réglementation des sociétés en commandite par actions. — 1529. État des choses créé par la loi de 1856 : l'art. 10 indiquait deux cas dans lesquels les membres du conseil de surveillance devaient être déclarés responsables. — 1530. *Quid* en ce qui concerne les fautes qui ne rentraient pas dans les cas expressément prévus? D'après la jurisprudence dominante, la loi devait être complétée par les règles du droit commun sur la responsabilité. — 1531. La loi de 1867, généralisant cette donnée de la jurisprudence, en a fait la règle pour toutes les fautes commises par les membres du conseil de surveillance.

IV. 1532. Ainsi, ils ne sont jamais responsables des actes de gestion du gérant (art. 9, § 1). — 1533. Chacun d'eux répond seulement de ses fautes personnelles (même article, § 2). — 1534. Conséquences : il n'y aurait solidarité entre eux que dans le cas de fautes collectives, s'il n'était pas possible de déterminer la part de chacun dans la faute. Applications. — 1535. Ils sont responsables, conformément au droit commun. — 1536. Par suite, dans leurs rapports avec les associés, ils sont, comme mandataires, responsables non-seulement de leur dol, mais encore de leurs fautes, conformément à l'art. 1992 du Code civil. — 1537. Dans leurs rapports avec les tiers, les membres du conseil de surveillance sont responsables, conformément à l'art. 1382 du Code civil : ainsi, ils répondent de leurs fautes, sans pouvoir s'exonérer en prouvant qu'il n'y a pas fraude de leur part. — 1538, 1539, 1540. Applications. — 1541. Toute stipulation ou tout vote de l'assemblée qui les affranchirait de la responsabilité serait inefficace.

V. 1542. L'action, soit contre le gérant, soit contre les membres du conseil de surveillance, appartient aux actionnaires et aux créanciers sociaux. — 1543. Les actionnaires peuvent l'exercer, même pendant l'existence de la société, par eux-mêmes individuellement, ou collectivement, sous certaines conditions, par mandataire : renvoi. *Quid* en cas de faillite de la société? — 1544. Pour les créanciers sociaux, l'action reste suspendue tant que la société est *in bonis* et fonctionne; elle n'a pas, généralement, de raison d'être avant la dissolution de la société. — 1545. Mais est-ce à eux individuellement ou aux syndics qu'elle appartient en cas de cessation de payements, de faillite, etc.? — 1546. *Quid* en cas de mise en liquidation de la société? — 1547. Devant quel tribunal doit être intentée l'action en responsabilité.

VI. 1548. SANCTIONS PÉNALES. Le gérant et les membres du conseil de surveillance peuvent, à raison de leur qualité de mandataires, encourir la peine édictée par le droit commun contre l'abus de confiance. — 1549. Mais, indépendamment de cela, la loi érige en délits passibles d'amende, ou même d'emprisonnement, certains faits spéciaux qu'elle détermine : 1° contravention à l'art. 64; renvoi. — 1550. 2° Création frauduleuse d'une majorité factice dans les assemblées (art. 13); peine édictée; assemblées que la loi a en vue. — 1551. Le délit n'existe qu'autant qu'une majorité factice *a été créée*. — 1552. Les reporteurs qui auraient voté dans une assemblée seraient-ils passibles de la peine? — 1553. 3° Distribution de dividendes fictifs (art. 15, 3°) : la loi punit ce fait de la peine édictée contre le délit d'escroquerie. — 1554. Il faut que le fait ait été commis dans une intention coupable. — 1555. La simple tentative ne tombe pas sous

le coup de la loi. — 1556. La loi atteint spécialement le gérant, qu'elle considère comme auteur principal; néanmoins, les membres du conseil de surveillance pourraient, le cas échéant, être poursuivis comme complices. — 1557. Mais en dehors du cas de complicité, ils ne peuvent être poursuivis comme civilement responsables : les membres du conseil de surveillance ne sont plus civilement responsables des délits commis par le gérant (art. 15, dernier paragraphe). — 1558. De la prescription de l'action. — 1559. Rejet d'une proposition tendant à assimiler à la distribution de dividendes fictifs l'emploi, par le gérant, du fonds social à l'achat d'actions de la société : renvoi.

I. — 1521. Il en est des règles relatives au fonctionnement de la société comme de celles qui touchent à sa constitution (*suprà*, n° 1231): elles sont édictées par la loi, non à titre de simples conseils, mais comme prescriptions impératives. Aussi le législateur s'est-il proposé d'en assurer, autant que possible, l'observation. De même, en effet, que la formation de la société, son fonctionnement est garanti non-seulement par des sanctions civiles, par des responsabilités pécuniaires, mais encore par des sanctions pénales, c'est-à-dire par des amendes et même par l'emprisonnement.

II. — 1522. Sanctions civiles. Les responsabilités pécuniaires établies par la loi comme sanction civile des dispositions concernant le fonctionnement de la société menacent ceux-là précisément auxquels un rôle, soit actif, soit passif, est assigné dans ce fonctionnement. Les personnes que ces responsabilités peuvent atteindre sont donc les gérants, auxquels il appartient de diriger les affaires sociales, et les membres du conseil de surveillance, qui ont pour mission de contrôler, de surveiller le gérant.

1523. Le gérant peut être déclaré responsable soit envers la société ou les associés, soit envers les tiers.

Vis-à-vis de la société ou des associés, il répond d'abord du dommage résultant de la nullité de la société pour inobservation des conditions constitutives. C'est la disposition formelle de l'art. 8 de la loi de 1867, ci-dessus expliqué (n°s 1283 et suiv.). Le gérant devra donc aux associés la restitution totale des sommes par eux versées dans la société annulée. — Il est responsable ensuite non-seulement de son dol, mais encore de la faute qu'il aurait commise dans sa gestion. La faute, d'ailleurs, est nécessaire pour que sa responsabilité soit engagée; et il ne suffirait pas qu'une affaire par lui entreprise eût mal tourné, s'il n'y avait pas de faute à lui reprocher. Dans ses rapports avec les associés, en effet, le gérant est un simple mandataire; sa responsabilité vis-à-vis d'eux ne peut donc être que celle du mandataire, telle qu'elle est établie par l'art. 1992 du Code civil.

1524. Vis-à-vis des tiers, le gérant est responsable également du dommage résultant pour eux de l'annulation de la société pour inaccomplissement des formalités requises pour sa constitution. C'est encore ce que décide l'art. 8 précité (*ibid.*). Mais cette responsabilité n'ajoute guère à la garantie des tiers, vis-à-vis desquels les gérants sont, en principe, indéfiniment et solidairement tenus de toutes les dettes, sans distinction ni réserve, dès qu'elles constituent des dettes sociales (C. comm., art. 24).

1525. Toutefois, les gérants peuvent n'être pas restés en fonction pendant toute la durée de la société, et, dans ce cas, si générale et si absolue que soit leur responsabilité, il convient et il est nécessaire de tenir compte de l'époque où l'obligation sociale a pris naissance. Ainsi, nous supposons qu'au milieu de son existence, par hypothèse en 1872, une société, qui déjà fonctionnait depuis plusieurs années, a substitué à son premier gérant un autre gérant, démissionnaire lui-même ou révoqué en 1875, et dont la démission ou la révocation a été régulièrement publiée; et, néanmoins, la société a continué. Ce gérant pourra être responsable et tenu de toutes les obligations sociales existant au moment où ses fonctions ont pris fin : il sera tenu certainement de toutes les obligations nées de 1872 à 1875, puisque c'est la période pendant laquelle il a eu la gestion; il sera tenu aussi de toutes celles qui auraient pris naissance avant 1872, s'il n'a pas été entendu et arrêté, au moment où il a accepté les fonctions de gérant, qu'il ne serait pas chargé des dettes antérieures de la société. Mais quant aux obligations postérieures à 1875, c'est-à-dire à sa démission ou à sa révocation publiée, il n'en sera tenu en aucune manière, ces obligations n'étant nées qu'après la cessation publique de ses fonctions de gérant. Un arrêt de la Cour de cassation, chambre civile, a décidé, par ce motif même, que l'ancien gérant d'une société en commandite par actions qui avait signé, en qualité de gérant, des obligations destinées à être émises par la société, n'est pas débiteur du montant de celles qui avaient été émises postérieurement à sa démission et à son remplacement régulièrement publiés (1).

1526. Notons une application de la responsabilité que la loi de 1867 a singulièrement aggravée pour le gérant : nous voulons parler de la responsabilité qui lui incombe dans le cas où des dividendes fictifs ont été distribués. Il ne s'agit pas, bien entendu, des pénalités auxquelles le gérant est soumis à raison de ce fait, et qui seront l'objet d'observations ultérieures (*infrà*, nos 1553 et suiv.); c'est de la responsabilité civile ou pécuniaire qu'il est ici question. Elle était renfermée autrefois dans de certaines limites, en ce que les tiers pouvaient s'adresser *à tous les actionnaires* indistinctement et réclamer à chacun la part qu'il avait prise dans la distribution. Mais depuis la loi de 1867, et aux termes de l'art. 10 ci-dessus expliqué (nos 1486 et suiv.), les actionnaires ne peuvent plus être recherchés par les tiers que dans les cas précisés par cet article, c'est-à-dire lorsqu'ils ont été de mauvaise foi, encore faut-il que la répétition soit exercée dans le délai de cinq ans, à l'expiration duquel la prescription est acquise aux actionnaires. Il suit de là que, désormais, le gérant reste chargé de la dette sociale non-seulement pour la portion que les actionnaires de mauvaise foi ne rendent pas aux tiers, mais encore pour celle qui, ayant été reçue par les actionnaires de bonne foi, ne peut en aucun cas leur être réclamée. Et, selon l'opinion commune, la prescription abrégée de l'art. 10 ne peut être invoquée

---

(1) Rej., 8 avr. 1872 (Dall., 72, 1, 107; S.-V., 72, 1, 212; *J. Pal.*, 1872, p. 515).

par le gérant, en sorte qu'il n'est déchargé que par la prescription trentenaire (1).

III. — 1527. De même que la responsabilité des gérants, celle des membres du conseil de surveillance peut être engagée soit envers la société ou les associés, soit envers les tiers. Mais cette responsabilité, que l'art. 9 de la loi du 24 juillet 1867 reconnaît et proclame, a été notablement modifiée par cette loi dans ses conditions et même dans son principe.

1528. Elle était purement conventionnelle avant la loi du 17 juillet 1856, alors que les sociétés en commandite par actions n'avaient été l'objet encore d'aucune réglementation. Si un conseil de surveillance était établi auprès de ces sociétés, qui, d'ailleurs, pouvaient alors exister et fonctionner sans cela, les membres dont il était composé, mandataires des associés, répondaient, vis-à-vis de leurs mandants, non-seulement de leur dol, mais encore de leur faute, dans les termes de l'art. 1992 du Code civil. Il y avait là une convention tacite de mandat, qui, au point de vue de la responsabilité, n'avait de valeur qu'entre les parties, en sorte que nul autre que les mandants n'en pouvait exciper à l'encontre des mandataires. Encore même fallait-il qu'il n'eût pas été convenu, par dérogation aux règles du droit commun sur le mandat, que ces derniers ne seraient soumis à aucune responsabilité. Et, en effet, a-t-on dit justement, dès que la responsabilité était purement conventionnelle, la convention qui la créait pouvait la restreindre ou même la supprimer (2).

1529. Mais la loi de 1856 est intervenue, qui, en réglementant les sociétés de l'espèce, a la première rendu obligatoire l'établissement dans chacune d'un conseil de surveillance. Elle a du même coup institué la responsabilité des membres de ce conseil, et, en en changeant ainsi le caractère, elle en a fait une responsabilité civile comme celle qu'établit l'art. 1384 du Code civil (3), et qu'il n'a plus été possible de diminuer ou de restreindre par convention (4). « Tout membre d'un conseil de surveillance, portait l'art. 10, est responsable, avec les gérants, solidairement et par corps : 1° lorsque, sciemment, il a laissé commettre dans les inventaires des inexactitudes graves, préjudiciables à la société ou aux tiers ; 2° lorsqu'il a, en connaissance de cause, consenti à la distribution de dividendes non justifiés par des inventaires sincères et réguliers. » A ces deux cas spéciaux de responsabilité il en fallait ajouter un troisième, indiqué par l'art. 7, suivant lequel, en cas

(1) Voy., notamment, MM. Lescœur (p. 218), Boistel (*Précis de droit comm.*, p. 190).

(2) Voy. M. Rataud (*Rev. crit.*, t. XXVI, p. 7).

(3) *Comp.* Crim. cass., 2 avr. 1859 (*J. Pal.*, 1859, p. 978 ; S.-V., 59, 1, 353 ; Dall., 59, 1, 137), et 28 juin 1862 (Dall., 62, 1, 305 ; S.-V., 62, 1, 625 ; *J. Pal.*, 1862, p. 785).

(4) Il a même été décidé que les clauses d'irresponsabilité stipulées en faveur des membres du conseil dans les sociétés antérieures à la loi de 1856 ont cessé d'avoir effet à partir de cette loi. Douai, 29 juin 1861 (S.-V., 61, 2, 547 ; *J. Pal.*, 1862, p. 227).

d'annulation de la société pour inobservation des prescriptions relatives à la constitution, les membres du conseil de surveillance pouvaient être déclarés responsables, solidairement et par corps avec les gérants, de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination.

1530. Est-ce à dire qu'en dehors de ces cas particuliers, les membres du conseil de surveillance en faute ne pouvaient pas être déclarés responsables? L'affirmative trouvait de l'appui dans les observations du rapporteur de la commission du Corps législatif. « Remarquez, avait-il dit, que la loi ne punit pas *la simple ignorance, la simple négligence; c'est la science, c'est la mauvaise intention, c'est le dol,* et tout cela quand il s'agit d'omissions ou d'énonciations graves. Ainsi disparaissent ces objections tirées de la difficulté d'établir un inventaire exact, d'en vérifier les éléments variables et sujets à erreur; encore une fois, *c'est la connaissance, c'est l'intention, qui est le point de départ de la responsabilité.* » (1) Ce fut l'interprétation à laquelle ne manquaient pas de se rattacher, à l'origine, les membres des conseils de surveillance, et plus d'une fois avec succès. La Cour de Poitiers, notamment, décidait que l'art. 10 était limitatif; qu'il s'appliquait, dès lors, aux deux seuls cas définis dans cet article, et seulement lorsque les membres du conseil de surveillance avaient agi soit *sciemment,* soit *en connaissance de cause,* c'est-à-dire de mauvaise foi, en sorte qu'une demande en dommages-intérêts contre eux ne pouvait être fondée ni sur l'art. 1992 du Code civil, ni sur les art. 1382, 1383 et 1384 (2). D'autres cours décidaient de même que la responsabilité n'était appliquée par la loi qu'à la fraude (3), que les membres du conseil de surveillance ne pouvaient être déclarés responsables que s'ils s'étaient prêtés complaisamment au dol du gérant (4), ou si personnellement ils avaient coopéré à la fraude (5).

Mais la Cour de cassation avait constamment rejeté cette interprétation, et, pénétrée de la pensée que, pour être en dehors des prévisions des art. 7 et 10 de la loi, la négligence, l'incurie, la faute, ne pouvaient pas cependant n'être pas une cause de responsabilité, elle avait dit que la loi spéciale devait être complétée, et qu'ainsi, en dehors des cas expressément réglés par cette loi, les membres du conseil de surveillance étaient soumis, envers les actionnaires et envers les créanciers de la société, à l'application des règles du droit commun relatives à la responsabilité des fautes. Le droit commun, avait-elle dit, « continue d'être la règle de tous les faits constituant l'incurie, la négligence et la faute, auxquels ne s'applique pas la responsabilité spéciale créée par la loi du 17 juillet 1856, cette loi n'ayant pas eu la pensée de se substituer au droit commun pour effacer ou affaiblir, dans les cas auxquels

(1) Rapport de M. Langlais (Tripier, *Loi de 1856*, p. 60).
(2) Poitiers, 20 août 1859 (*J. Pal.*, 1859, p. 1204; S.-V., 60, 2, 209; Dall., 59, 2, 12).
(3) Paris, 15 juill. 1862 (S.-V., 64, 1, 229; Dall., 64, 1, 156).
(4) Aix, 27 mai 1861 (S.-V., 63, 2, 137; Dall., 62, 2, 525).
(5) Bordeaux, 29 mai 1860 (S.-V., 61, 2, 705; Dall., 61, 2, 414).

elle ne pourvoit pas expressément, la responsabilité imposée antérieurement... » (1) Et c'est la doctrine qui avait prévalu (2).

D'où la conséquence que, sous l'empire de la loi de 1856, il y avait à la fois une responsabilité spéciale et une responsabilité de droit commun : responsabilité spéciale pour le cas d'inventaires inexacts et de dividendes fictifs, laquelle n'était encourue que lorsque les membres du conseil de surveillance avaient agi sciemment, en connaissance de cause; responsabilité de droit commun, régie par les art. 1382, 1992 et 1850 du Code civil, différant de l'autre seulement en ce qu'elle n'entraînait ni la solidarité, ni la contrainte par corps.

1531. Le législateur de 1867, généralisant cette donnée de la jurisprudence, a voulu qu'elle fût désormais suivie *pour toutes les fautes* commises par les membres du conseil de surveillance. La distinction, cependant, apparaissait encore dans le projet présenté par le gouvernement. La responsabilité du droit commun y était posée, en principe, dans les deux premiers paragraphes de l'art. 7, auquel correspond l'article 9 de la loi. Mais venaient ensuite trois paragraphes qui, rappelant les dispositions de la loi de 1856, maintenaient aussi la responsabilité spéciale en ces termes : « Il (le conseil de surveillance) est tenu, *solidairement avec le gérant,* des dommages causés à la société et aux tiers: — 1° lorsque, *sciemment,* il a laissé commettre dans les inventaires des inexactitudes graves; — 2° lorsqu'il a, *en connaissance de cause,* consenti à la distribution de dividendes fictifs. » Toutefois, ces dernières dispositions n'ont pas même été discutées devant le Corps législatif. La commission, dans ses conférences avec le conseil d'État, avait proposé le retranchement des mots *sciemment* et *en connaissance de cause,* estimant que, « par les obligations qu'ils imposeraient à la preuve de la faute, ils affaibliraient la responsabilité et l'énerveraient. » Le conseil d'État n'avait pas adopté cet amendement, selon lui contraire au but de la loi. Et la commission, tout en reconnaissant « que là où il s'agissait de *solidarité* avec le gérant, c'est-à-dire d'une sorte de complicité civile, les mots dont il avait réclamé la suppression pouvaient se justifier », persista néanmoins à penser « qu'ils feraient en réalité de la loi une menace vaine, et que dès lors ils devaient disparaître. » Et alors elle demanda la suppression de la solidarité et des trois paragraphes qui s'y rattachaient (3). La responsabilité spéciale se trouvait ainsi écartée, et les membres du conseil de surveillance restaient, d'une manière générale, sous l'empire du principe posé dans les premiers paragraphes du projet. Ce nouvel amendement ayant été adopté par le conseil d'État, l'article fut soumis, ainsi réduit, au Corps législatif, qui le vota sans discussion (4). Il est devenu l'art. 9 de la loi, lequel dispose, d'une part,

(1) Req., 12 avr. 1864 (S.-V., 64, 1, 169; Dall., 64, 1, 377; *J. Pal.*, 1864, p. 730).

(2) Voy., outre l'arrêt cité à la note précédente, Req., 18 août 1868 (*J. Pal.*, 1869, p. 154; S.-V., 69, 1, 74), 23 févr. 1870 (S.-V., 71, 1, 242; Dall., 71, 1, 229; *J. Pal.*, 1871, p. 745). — Voy. aussi Orléans, 20 déc. 1860 (Dall., 61, 2, 1); Colmar, 3 juin 1869 (Dall., 69, 2, 170); Grenoble, 11 déc. 1872 (S.-V., 74, 2, 147).

(3) Voy. le rapport de M. Mathieu (Tripier, t. I, p. 126).

(4) Voy. M. Tripier (t. I, p. 549 et 550).

que « les membres du conseil de surveillance n'encourent aucune responsabilité à raison des actes de la gestion et de leurs résultats »; et d'autre part, que « chaque membre du conseil de surveillance est responsable de ses fautes personnelles dans l'exécution de son mandat, conformément aux règles du droit commun. »

IV. — 1532. La première de ces dispositions, que le législateur de 1856 n'avait pas pris le soin de formuler, est une conséquence directe et nécessaire des règles qui gouvernent les rapports entre les commandités et les commanditaires. Les membres du conseil de surveillance sont des actionnaires qui ne dépouillent pas leur qualité de commanditaires en entrant dans le conseil. Ils doivent donc rester constamment étrangers aux opérations de la gestion et laisser aux associés personnellement et solidairement responsables, c'est-à-dire aux commandités, toute liberté pour l'administration des affaires sociales. Comme membres du conseil, ils ont pour mission spéciale de contrôler, par de sérieuses vérifications, l'administration du gérant, d'exercer une surveillance constante, au besoin, de jeter le cri d'alarme si la société leur paraît mal dirigée. Mais ils n'acquièrent aucune autorité sur le gérant, qui, responsable dans sa fortune et dans son honneur, reste toujours maître absolu de la gestion et de la direction des affaires sociales. En sorte que ne pouvant, en principe, ni lui prescrire, ni l'empêcher d'agir, c'est une conséquence nécessaire qu'ils n'encourent aucune responsabilité en raison de ses fautes. L'art. 9, en édictant l'irresponsabilité des membres du conseil de surveillance *en raison des actes de gestion et de leurs résultats,* a expressément formulé cette équitable conséquence, qui, consacrée ici spécialement au point de vue du fait ou de la simple *faute* du gérant, devait, par les mêmes motifs, être consacrée, et a été consacrée, en effet, quant à *ses délits* (art. 15, *infrà,* n° 1557).

1533. Mais s'ils ne sont jamais responsables des actes de gestion du gérant, les membres du conseil de surveillance répondent, au contraire, de leur propre fait vis-à-vis des tiers comme vis-à-vis de la société. C'est la seconde disposition de l'art. 9, qui, coupant court, nous l'avons vu, aux difficultés nées sous l'empire de la loi antérieure, a, par une rédaction parfaitement claire en théorie et par une innovation heureuse, constitué la responsabilité *individuelle* des membres du conseil de surveillance. Chacun d'eux, dit la loi, « est responsable *de ses fautes personnelles* dans l'exécution de son mandat. »

1534. Ainsi, en principe, il ne saurait plus être question de la solidarité qui, d'après la loi de 1856 (art. 10), devait, en certains cas, accompagner la responsabilité. Aujourd'hui, et sous l'empire de la loi de 1867, la solidarité n'existe pas, à moins qu'elle ne résulte des principes généraux du droit (1), par exemple si, s'agissant d'une faute commune, il est impossible de déterminer la part de chacun (2), ou si la

---

(1) Voy. Req., 8 mars 1876 (S.-V., 76, 1, 409; *J. Pal.*, 1876, p. 105); Orléans, 21 juill. 1875 (*J. Pal.*, 1876, p. 448; S.-V., 76, 2, 101).

(2) Voy. Lyon, 24 juin 1871 (S.-V. 72, 2, 94; *J. Pal.*, 1872, p. 468).

responsabilité résulte d'un ensemble indivisible de fautes (1). En dehors de ces cas, et sauf encore celui où ils se seraient rendus complices du dol, de la fraude ou de la faute du gérant (2), les membres du conseil de surveillance sont responsables individuellement, sans solidarité, soit entre eux, soit avec le gérant; chacun d'eux est tenu seulement des conséquences de ses fautes personnelles (3).

1535. Mais, d'un autre côté, chacun d'eux est responsable, « conformément aux règles du droit commun. » Il n'y a donc plus à distinguer entre les faits à raison desquels la responsabilité peut être encourue. En plaçant, d'une manière générale, cette responsabilité sur le terrain du droit commun, le législateur de 1867 a mis fin aux difficultés, aux équivoques, aux inégalités résultant, sous l'empire de la loi de 1856, de l'existence d'une responsabilité spéciale à côté de la responsabilité ordinaire (*suprà*, nos 1529 et suiv.). Aujourd'hui, le membre du conseil de surveillance, poursuivi à raison d'inexactitudes graves ou de fictions dans les inventaires dressés par le gérant, ne serait pas admis à dire, comme sous cette dernière loi, qu'il ne peut être déclaré responsable qu'autant qu'il serait établi contre lui qu'il a *sciemment* laissé commettre ces inexactitudes ou accepté ces fictions *en connaissance de cause*. Tous les faits imputables sont sur la même ligne; ils tombent tous, quels qu'ils soient, sous l'application de la même règle : la négligence ou la simple faute suffit pour entraîner la responsabilité, dans les termes du droit commun, soit vis-à-vis de la société ou des associés, soit vis-à-vis des tiers.

1536. Et, en effet, mandataires véritables dans leurs rapports avec la société, les membres du conseil de surveillance sont régis par l'article 1992 du Code civil, d'où, notamment, procède leur responsabilité vis-à-vis des actionnaires. Or, aux termes de cet article, le mandataire répond non-seulement de son dol, mais encore *des fautes* qu'il commet dans sa gestion. Seulement, cette responsabilité sera appréciée plus ou moins rigoureusement suivant que les fonctions du membre du conseil sont salariées ou gratuites. La réserve est formulée dans ce même article 1992; et elle se conçoit à merveille : « Il ne serait ni juste, ni conforme à l'esprit de la loi, a dit la Cour de Caen, que le mandataire gratuit, auquel on ne peut reprocher que l'incurie ou la négligence, fût traité aussi sévèrement que le mandataire salarié ou coupable d'inten-

---

(1) Voy. Lyon, 8 juin 1864 et 11 juill. 1873 (S.-V., 64, 2, 38; 74, 2, 73; Dall., 74, 2, 209; *J. Pal.*, 1874, p. 346).

(2) Voy. MM. Beslay et Lauras (n° 676), Vavasseur (n° 250), Bédarride (n° 199), Alauzet (n° 483), Mathieu et Bourguignat (n° 102). Cass., 14 août 1867 (*J. Pal.*, 1867, p. 1079; S.-V., 67, 1, 401).

(3) *Comp.* Caen, 16 août 1864 (S.-V., 65, 2, 33; Dall., 65, 2, 192); Bourges, 10 mars 1869 (S.-V., 71, 2, 255; *J. Pal*, 1871, p. 828); Lyon, 24 août 1871 (S.-V., 72, 2, 94); Angers, 10 mars 1875 et 5 juill. 1876 (Dall., 76, 2, 14; 77, 2, 30); Rej., 21 déc. 1875 (Dall., 77, 1, 17). — Jugé que si, en raison de la nature des opérations de la société, il n'était pas possible de fixer autrement la part de responsabilité incombant à chaque membre du conseil de surveillance, cette part pourrait être proportionnée, pour chacun, à la durée de ses fonctions. Angers, 11 janv. 1867, et Rej., 17 févr. 1868 (Dall., 67, 2, 19; 68, 1, 177; S.-V., 68, 1, 261; *J. Pal.*, 1868, p. 643).

tion mauvaise.» (1) Mais notons, avec la généralité des auteurs, qu'il ne faudrait pas considérer comme gratuit le mandat d'un membre du conseil de surveillance à qui sont attribués des jetons de présence, si ces jetons représentent, en définitive, une allocation assez élevée pour être assimilée à un véritable salaire (2).

1537. La responsabilité ne procède pas du même principe dans les rapports des membres du conseil de surveillance avec les tiers; car le conseil n'est lié aux tiers par aucune convention, soit expresse, soit tacite, de mandat. Et ceci, à prendre à la lettre la disposition de l'art. 9, pourrait faire dire que la responsabilité des membres du conseil à l'égard des tiers n'existe réellement pas, puisque, selon l'expression même de cet article, ils ne sont responsables que des fautes commises *dans l'exécution du mandat*. Mais l'induction serait assurément fautive. La responsabilité des membres du conseil de surveillance à l'égard des tiers est expressément édictée par l'art. 8, pour l'inobservation des formalités auxquelles est subordonnée la validité de la société (*suprà*, n° 1302); l'expression plus ou moins exacte de l'art. 9 n'a certainement pas eu pour effet, dans la pensée du législateur, de la faire disparaître, après la constitution de la société, pour leurs défaillances dans l'accomplissement de la mission dont ils sont investis. Elle a son principe dans l'acceptation même de cette mission. N'oublions pas, en effet, que ce n'est pas seulement dans l'intérêt des actionnaires que les conseils de surveillance sont institués; ils sont chargés de sauvegarder aussi les intérêts des tiers, qui sont étrangers à leur nomination. Dès lors, tout membre qui accepte la fonction s'oblige par cela même, vis-à-vis de tous ceux qu'il a été dans la pensée de la loi de protéger, d'en remplir les devoirs avec exactitude (3). Par où l'on voit que la responsabilité des membres du conseil de surveillance procède, au regard des tiers, non plus de l'art. 1992, mais de l'art. 1383, ce qui revient à dire que c'est encore la simple faute qui engendre la responsabilité, en sorte que les membres du conseil de surveillance ne s'exonéreraient pas vis-à-vis des tiers en prouvant qu'il n'y a pas eu fraude de leur part (4).

1538. Arrivons maintenant à l'application : c'est le domaine du fait; à vrai dire, les principes de droit sont ici hors de cause.

La responsabilité incombe à tous ceux qui ont reçu et accepté la mission de surveiller les opérations de la gérance; et elle est encourue à quelque époque que se manifestent les conséquences dommageables de la faute qui en est la cause. La Cour de cassation a jugé en ce sens qu'un membre d'un conseil de surveillance peut être déclaré respon-

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de Caen du 16 août 1864, déjà cité.

(2) MM. Vavasseur (n° 253), Alauzet (n° 484), Mathieu et Bourguignat (n° 105), Bédarride (n° 203), Boistel (p. 196).

(3) En partant de cette idée que la responsabilité naît de l'acceptation de la fonction, la Cour de Lyon décide que des magistrats ne pourraient exciper de ce qu'ils avaient entendu borner leur coopération au contentieux, en laissant à des aptitudes plus spéciales le soin de la vérification des écritures. Lyon, 11 juill. 1873 (S.-V., 74, 2, 73).

(4) *Comp.* l'arrêt déjà cité de la chambre des requêtes du 23 févr. 1870.

sable de pertes qui se sont produites même après sa retraite, si elles sont le résultat des fautes commises pendant qu'il était en fonctions (1). Elle a jugé de même qu'un membre du conseil de surveillance ne peut échapper à toute responsabilité sous prétexte qu'il a cessé de faire partie du conseil plusieurs années avant la faillite de la société, lorsque sa négligence a contribué dans une large mesure à la perte du fonds social, et a été une des causes du préjudice souffert par tous les créanciers, même par ceux dont les créances ont pris naissance après sa retraite (2).

D'un autre côté, le conseil de surveillance étant un des éléments essentiels de la société en commandite par actions, une garantie d'ordre public sans laquelle la société n'aurait pas d'existence légale, il en résulte que les membres du conseil, bien que nommés pour un temps déterminé, sont tenus, sous la sanction de leur responsabilité, de remplir leurs fonctions sans aucune interruption, même après l'expiration du terme et jusqu'au jour où ils sont remplacés. Ainsi a dit la Cour suprême par cassation d'un arrêt de la Cour de Nîmes décidant, au contraire, que des membres d'un conseil de surveillance nommés pour trois années avaient cessé d'être responsables à l'expiration de la troisième année, bien qu'il n'eût pas été pourvu à leur remplacement (3). Il faut néanmoins réserver le cas où des diligences auraient été faites en vue d'arriver à la nomination d'un nouveau conseil de surveillance. En effet, dans une espèce où les fonctions du conseil prenaient fin, non par l'expiration du terme fixé, mais par la démission de ses membres, il a décidé qu'il avait suffi aux démissionnaires, pour s'affranchir de toute responsabilité à raison des faits ultérieurs, de se pourvoir devant l'assemblée générale, afin qu'elle désignât un nouveau conseil, et que la délibération par laquelle les actionnaires s'étaient déterminés à continuer la société sous forme de commandite simple, faute de pouvoir constituer le conseil, ne leur était pas opposable (4).

1539. En ce qui concerne les faits susceptibles d'engendrer la responsabilité, on conçoit qu'il est impossible de poser une règle. La jurisprudence présente à cet égard des décisions sans nombre qu'il serait sans profit, pour la doctrine, de discuter ou même d'analyser. La Cour de cassation elle-même en a indiqué le motif : c'est que l'existence de la responsabilité dépend des circonstances dont l'appréciation est abandonnée aux juges du fait, et notamment de la question de savoir si le fait reproché aux membres du conseil de surveillance peut leur être imputé à faute et si cette faute est réellement la cause du préjudice éprouvé par la société ou par les tiers (5). On s'explique par là que des membres du conseil de surveillance aient été déclarés en faute et res-

(1) Req., 15 avr. 1873 (*J. Pal.*, 1875, p. 520; S.-V., 75, 1, 216; Dall., 75, 1, 31). — Voy. aussi Lyon, 24 juin 1871 (S.-V., 72, 2, 94; *J. Pal.*, 1372, p. 468).

(2) Rej., 21 déc. 1875 (Dall., 77, 1, 19).

(3) Cass., 22 janv. 1872 (S.-V., 72, 1, 11; *J. Pal.*, 1872, p. 14; Dall., 72, 1, 117), et, sur le renvoi, Grenoble, 11 déc. 1872 (Dall., 74, 2, 33).

(4) Rej., 16 juill. 1873 (S.-V., 73, 1, 387; *J. Pal.*, 1873, p. 955; Dall., 74, 1, 14).

(5) Voy. Req., 8 mars 1876 (S.-V., 76, 1, 409; *J. Pal.*, 1876, p. 1051; Dall., 77, 1, 168).

ponsables lorsqu'en présence d'inventaires où les mêmes créances figuraient pendant plusieurs années successives, ils n'avaient pas cessé de manifester leur satisfaction dans leurs rapports annuels suivis de la distribution de forts dividendes (1); et, d'un autre côté, que, dans des circonstances à peu près semblables, ils aient été affranchis de toute responsabilité (2).

Ce qui est certain, néanmoins, c'est qu'en aucune hypothèse, ni les difficultés de la tâche, ni le parti pris de l'abstention, ne sauraient être invoqués comme causes d'exonération. « Les membres du conseil de surveillance, a dit la Cour de Caen, ne peuvent, pour se soustraire à la responsabilité, invoquer les difficultés et les longueurs du travail de vérification, ni les obstacles résultant de leurs occupations personnelles; pareilles considérations ne sauraient les dispenser d'un devoir qui doit être rempli par eux rigoureusement. Ils ne doivent pas davantage trouver une excuse dans l'abstention, puisque leur mandat est de surveiller, et affranchir de toute responsabilité des membres du conseil de surveillance parce qu'ils se sont abstenus, ce serait rendre inutiles les conseils de surveillance exigés par la loi. » (3) La Cour de Lyon a dit, dans le même ordre d'idées, « que si la mission des conseils de surveillance ne doit pas être étendue hors de ses limites, et si elle doit sagement être circonscrite par la prudence des tribunaux, il faut néanmoins qu'elle soit sérieuse, raisonnablement entendue, et qu'elle ne puisse mettre, à la place d'une garantie voulue par la loi, une sinécure d'autant plus propre à tromper le public qu'elle serait couverte des noms les plus honorables. » (4) L'abstention n'est donc pas une excuse, sauf, bien entendu, le cas où elle procéderait d'une cause légitime et justifiée. Par exemple, il ne serait pas possible de déclarer responsable le membre du conseil de surveillance qui, poursuivi avec ses collègues, établirait que, par suite de tel ou tel événement, il n'a pris et n'a pu prendre aucune part au fait à raison duquel la responsabilité est réclamée (5).

1540. Quant au chiffre de la réparation, ou à la mesure de la responsabilité, c'est encore aux juges du fond qu'il appartient de le fixer d'après les circonstances qui, en ce point également, sont laissées à leur appréciation (6). Ainsi, ils pourront et devront tenir compte de la bonne foi des membres du conseil de surveillance, de la gratuité de leurs fonctions (*suprà*, n° 1536), de la période de temps pendant laquelle ils les ont exercées, de leur degré de capacité, de la difficulté de la tâche pour

---

(1) Voy. Angers, 5 juill. 1876 (Dall., 77, 2, 30; S.-V., 77, 2, 265; *J. Pal.*, 1877, p. 1039). *Comp.* Angers, 12 janv. 1867 (S.-V., 68, 1, 261; Dall., 67, 2, 19); Caen, 16 août 1864 (S.-V., 65, 2, 33; Dall., 65, 2, 192).

(2) Req., 28 nov. 1860 (Dall., 61, 1, 339). *Comp.* Douai, 26 mai 1865 (S.-V., 66, 2, 157); Req., 5 août 1862 et 21 déc. 1863 (Dall., 62, 1, 525; 64, 1, 156).

(3) Voy. l'arrêt déjà cité de la Cour de Caen du 16 août 1864.

(4) Lyon, 8 juin 1864 (*J. Pal.*, 1865, p. 226; S.-V., 65, 2, 38).

(5) *Comp.* MM. Mathieu et Bourguignat (n° 104), Vavasseur (n° 250), Bédarride (n°s 200 et suiv.).

(6) Rej., 21 déc. 1875 (Dall., 77, 1, 17); Req., 8 mars 1876 (S.-V., 76, 1, 409; *J. Pal.*, 1876, p. 1051), 17 mai 1876 (S.-V., 76, 1, 415; *J. Pal.*, 1876, p. 1062), 13 et 14 nov. 1876 (S.-V., 78, 1, 201; *J. Pal.*, 1878, p. 510).

redresser ou corriger une comptabilité correcte en apparence, mais au fond confuse et embrouillée; en un mot, de toutes les circonstances susceptibles d'atténuer ou d'aggraver la responsabilité (1). Mais, en général, le conseil ne doit être responsable que dans la mesure pour laquelle le dommage peut être imputé à ses fautes, quand ses fautes n'en sont pas l'unique cause (2); et, par exemple, si les tiers ou les actionnaires lésés avaient manqué de prudence et pouvaient s'imputer dans une certaine mesure le préjudice éprouvé, ce serait une cause d'atténuation pour les membres du conseil de surveillance, dont la responsabilité devrait être d'autant allégée (3).

1541. Mais le pouvoir des juges ne va pas jusqu'à exonérer les membres du conseil de surveillance de toute responsabilité lorsqu'ils reconnaissent qu'en fait il y a eu faute. L'art. 9 de la loi diffère par son texte de l'art. 8. Ce dernier article énonce que les membres du premier conseil de surveillance *peuvent être* déclarés responsables du dommage résultant de l'annulation de la société; et cette formule nous a amené à reconnaître que l'application même de la responsabilité est toute facultative pour le juge dans l'hypothèse de cet article (*suprà*, n° 1297). Mais il est déclaré par l'art. 9 que « chaque membre du conseil de surveillance *est responsable* de ses fautes personnelles dans l'exécution de son mandat. » La formule est impérative, et, par conséquent, la responsabilité est nécessaire dès qu'il y a faute reconnue. La jurisprudence tient avec raison que, même stipulée par les statuts de la société ou par la convention, l'irresponsabilité des conseils de surveillance, à raison des fautes reconnues à leur charge, ne devrait et ne pourrait être sanctionnée par la justice (4). Il s'agit ici, en effet, d'une responsabilité qui, ne procédant en aucune manière de la convention, ne saurait être conventionnellement supprimée ou restreinte, et qui, d'un autre côté, n'étant pas facultative comme celle de l'art. 8, doit nécessairement, le cas échéant, être appliquée.

V. — 1542. Il reste à préciser quelques points touchant l'exercice de l'action. La sanction civile dont il est question en ce moment, celle qui se résume en une responsabilité pécuniaire, est édictée par la loi, nous l'avons montré tout à l'heure, non-seulement dans l'intérêt de la société ou des actionnaires, mais encore en faveur des tiers, spécialement des créanciers sociaux. Il en résulte que l'action en responsabilité peut être exercée soit contre le gérant, soit contre les membres du conseil de surveillance, tant par les créanciers sociaux que par les actionnaires. Mais si elle appartient aux uns et aux autres, ce n'est pas à

(1) *Comp.* Poitiers, 20 août 1856 (Dall., 59, 2, 212); Douai, 29 juin 1861 (S.-V., 61, 2, 547; *J. Pal.*, 1862, p. 227); Angers, 11 juin 1867 (Dall., 67, 2, 19); Bourges, 10 mars 1869 et 21 août 1871 (S.-V., 71, 2, 255 et 257); Angers, 5 juill. 1876 (Dall., 77, 2, 30; S.-V., 77, 2, 265; *J. Pal.*, 1877, p. 1039).

(2) Lyon, 24 juin 1871 (S.-V., 72, 2, 94; *J. Pal.*, 1872, p. 468; Dall., 71, 2, 288); Rouen, 26 juill. 1865, avec Req., 4 mars 1867 (S.-V., 67, 1, 254; *J. Pal.*, 1867, p. 644).

(3) *Comp.* Douai, 14 déc. 1846 (S.-V., 48, 2, 543; *J. Pal.*, 1848, t. II, p. 492).

(4) Douai, 29 juin 1861 (S.-V., 61, 2, 547; *J. Pal.*, 1862, p. 227); Bourges, 10 mars 1869 et 21 août 1871 (S.-V., 72, 2, 255 et 257; *J. Pal.*, 1871, p. 831; Dall., 73, 2, 34).

dire qu'elle soit ouverte pour tous dans les mêmes conditions et en même temps.

1543. Quant aux actionnaires, ils peuvent l'exercer, même pendant l'existence de la société, dès qu'il y a préjudice pour eux, par exemple si l'actif est au-dessous du passif, même si les circonstances font entrevoir le déficit comme probable et prochain. Les actionnaires sont dès ce moment en droit de demander compte, soit au gérant, soit aux membres du conseil de surveillance, des fautes commises dans l'exécution de leur mandat, et de poursuivre contre eux la réparation du dommage causé par ces fautes. Et cette réparation, chacun d'eux peut la demander individuellement ; mais ils peuvent aussi, sous certaines conditions, agir collectivement par mandataire, dans les termes de l'art. 17, qui sera expliqué à la section suivante.

D'ailleurs, on comprend que la faculté d'exercer l'action en responsabilité pendant l'existence de la société n'est nullement exclusive de la faculté de l'exercer contre le gérant et les membres du conseil de surveillance, même après que la société est dissoute, spécialement en cas de faillite. Seulement, on peut se demander si la déclaration de la faillite a pour effet de substituer l'action des syndics à l'action individuelle des actionnaires. La Cour de Paris et, par rejet du pourvoi, la Cour de cassation, ont jugé que l'abandon par une société de l'action en responsabilité dérivant, contre ses administrateurs, des faits d'exécution du mandat à eux confié, laisse subsister au profit de ceux des actionnaires à l'égard desquels les mêmes faits présentent le caractère d'un quasi-délit le droit d'en poursuivre la réparation, une demande de cette dernière sorte constituant l'action individuelle fondée sur l'art. 1382 du Code civil, et non l'action sociale, *mandati* (1). Dans l'espèce, les sociétaires dont l'action individuelle était déclarée recevable n'étaient entrés dans la société que déterminés par des rapports et des bilans frauduleux émanés des anciens administrateurs et rédigés ou dressés en vue de dissimuler la situation mauvaise de l'association. Et de ces décisions, applicables aux commandites par actions, quoique intervenues en matière de sociétés anonymes, on peut induire que l'action individuelle subsisterait, nonobstant la faillite de la société, et serait seule recevable dans le cas où il s'agirait d'un préjudice causé à tel ou tel actionnaire individuellement, et, au contraire, qu'il appartiendrait aux syndics d'agir en réparation d'un préjudice commun à tous les actionnaires par suite de fautes commises par le gérant ou par les membres du conseil de surveillance, dans la gestion des affaires sociales ou dans l'exécution de leur mandat.

1544. Quant aux créanciers sociaux, auxquels l'action en responsabilité appartient incontestablement aussi, ils ne sauraient être admis à l'exercer tant que la société est *in bonis* et fonctionne. Si le gérant continue de remplir ses obligations, s'il satisfait à ses engagements, s'il

(1) Paris, 22 avr. 1870 (*J. Pal.*, 1871, p. 552; S.-V., 71, 2, 169); Req., 7 mai 1872 (*J. Pal.*, 1872, p. 285; S.-V., 72, 1, 123; Dall., 72, 1, 233).

désintéresse les créanciers, il n'y a pas de perte pour eux; il n'y a pas dommage, quel que soit, d'ailleurs, l'état de la caisse sociale. Ils ne pourraient donc pas être autorisés à exercer des actions en responsabilité, qui, à leur égard, n'auraient pas de raison d'être. Ces actions ne naissent pour eux que le jour où il y a certitude acquise de ne pas recevoir ce qui leur serait dû. Alors l'action, suspendue jusque-là, leur est ouverte; et si le désastre a pour cause des fautes commises, par exemple des distributions de dividendes fictifs à la suite d'inventaires inexacts et mensongers, ils ont le droit, même l'assemblée générale eût-elle connu la fraude ou donné son approbation aux inventaires, de demander au gérant et aux membres du conseil de surveillance la réparation du préjudice causé (1); et ils auraient ce droit alors même que les fautes commises auraient été couvertes, à l'égard des actionnaires, par des agissements ultérieurs (2).

1545. Mais, dans ce cas supposé de cessation de payements ou de faillite de la société, à qui appartient-il d'exercer l'action en responsabilité? Est-ce aux créanciers sociaux individuellement? Est-ce aux syndics de la faillite? Que les syndics aient qualité pour agir, cela n'a pas été mis en question : nombre d'arrêts ont admis, sans que la chose ait été contestée ni même discutée, l'action de syndics dirigée, au nom de la masse, contre des gérants ou des membres du conseil de surveillance dont la responsabilité était ou paraissait engagée (3). Mais les syndics ont-ils seuls qualité? Et ont-ils qualité dans tous les cas? La Cour de Douai s'est prononcée par la négative. Il est impossible, a-t-elle dit « de placer tous les créanciers sous le même niveau pour mesurer et déterminer la responsabilité encourue par des fautes et des omissions qui, s'appliquant à chaque individualité, varient, s'aggravent ou diminuent suivant la valeur, la date de la créance, les connaissances et les relations personnelles que chaque créancier peut avoir avec le gérant et les membres du conseil de surveillance. Telles fautes ou telles omissions qui ne pourront engendrer qu'une responsabilité nulle ou très-légère contre le conseil de surveillance envers tel créancier déterminé qui, par exemple, aura été prévenu du péril que courait sa créance et n'aura pas agi en temps utile, s'aggraveront, au contraire, envers tel autre créancier auquel le même conseil de surveillance aura refusé des renseignements donnés à d'autres créanciers. Cependant, si le syndic était recevable dans l'action exercée, les dommages-intérêts accordés à la masse devraient être répartis au prorata des créances vérifiées, sans distinction de nature ou de date : l'iniquité d'un pareil résultat suffirait pour démontrer que les syndics ne sauraient être admis à exercer au-

(1) Voy. Orléans, 20 déc. 1860 (Dall., 61, 2, 1; *J. Pal.*, 1861, p. 1032; S.-V., 61, 2, 289); Crim. cass., 28 juin 1862 (S.-V., 62, 1, 625; Dall., 62, 1, 305; *J. Pal.*, 1862, p. 785).

(2) Voy. Angers, 13 janv. 1869 (S.-V., 70, 2, 81; *J. Pal.*, 1870, p. 429; Dall., 69, 2, 90).

(3) Voy. Rej., 17 févr. 1868; Lyon, 8 juin 1864; Caen, 16 août 1864; Angers, 13 janv. 1869; Paris, 28 mai 1869; Colmar, 8 juin 1869; Lyon, 11 juill. 1873; tous arrêts déjà cités.

nom de la masse les actions créées par la loi au profit de chaque créancier *ut singuli.* » Et, sur ce fondement, la Cour a jugé, en thèse, par deux arrêts successifs, que le syndic de la faillite d'une société en commandite par actions est sans qualité pour agir contre les membres du conseil de surveillance, lorsque l'action a pour base des faits préjudiciables, non pas à la masse des créanciers *ut universi,* mais à chacun des créanciers *ut singuli* (1).

Assurément, la Cour de Douai s'est méprise quant à l'application du principe par elle posé. Il s'agissait, devant elle, de fautes commises par les membres du conseil de surveillance dans l'accomplissement de leurs devoirs légaux et statutaires; à ces fautes étaient attribuées la perte de l'actif et la ruine de la société; la réparation devait dès lors profiter proportionnellement aux créanciers, qui, tous, avaient été atteints par le désastre. L'action en responsabilité intéressait donc la masse; et, par conséquent, le syndic avait seul qualité pour agir. Aussi, l'un des arrêts de la Cour de Douai ayant été dénoncé à la Cour suprême, la cassation en a-t-elle été prononcée (2). Mais, en elle-même, la thèse de la Cour de Douai ne saurait être contestée. Il est évident que le syndic, représentant de la masse, ne représente pas les créanciers pour les actions spéciales et personnelles que chacun d'eux peut avoir à exercer. Lors donc qu'il s'agit de poursuivre soit contre le gérant, soit contre les membres du conseil de surveillance, la réparation d'un dommage qu'ils auraient causé, ce qui est à considérer, la faute ou l'omission étant certaine, c'est l'intérêt qui aurait été lésé. L'omission ou la faute a-t-elle eu pour résultat un dommage dont tel ou tel créancier aurait souffert spécialement, un préjudice particulier distinct du préjudice causé à la masse dont ce créancier faisait partie, le syndic sera évidemment sans qualité et l'action appartiendra au créancier lésé. Au contraire, elle appartiendra au syndic, et n'appartiendra qu'à lui, si le préjudice résultant de l'omission ou de la faute est commun à tous les créanciers, l'action alors intéressant la masse dans laquelle tous les droits individuels se trouvent confondus. Cette distinction, qui s'induit de la nature même des choses, est nettement indiquée dans deux arrêts rendus à la même date par la chambre civile de la Cour de cassation (3).

1546. Supposons maintenant la mise en liquidation de la société par une cause quelconque : l'action en responsabilité contre les membres du conseil de surveillance pourrait-elle être exercée par le liquidateur au nom de la masse créancière? C'est demander, en d'autres termes, si le liquidateur, mandataire de l'être moral société, est aussi et en même temps le représentant des créanciers. La question est examinée dans le titre suivant, où il est traité de la dissolution et de ses suites, c'est-à-dire de la liquidation et du partage.

---

(1) Douai, 11 févr. et 10 août 1868 (*J. Pal.*, 1869, p. 712; S.-V., 69, 2, 161; Dall., 68, 2, 201).

(2) Voy. Cass., 16 mars 1870 (*J. Pal.*, 1870, p. 521; S.-V., 70, 1, 209; Dall., 70, 1, 299).

(3) Voy. Rej., 21 déc. 1875 (Dall., 77, 1, 17).

1547. En thèse générale, l'action en responsabilité doit être portée devant les tribunaux de commerce. C'est la jurisprudence de la Cour de cassation (1). La Cour d'Angers s'est prononcée, néanmoins, pour la compétence des tribunaux civils. Dans l'espèce, l'action avait été formée au nom de la masse créancière après la faillite de la société. Assignés devant le *Tribunal civil* de Laval, les membres du conseil de surveillance avaient proposé le déclinatoire, qui, accueilli d'abord par les premiers juges, fut ensuite, sur l'appel du syndic, repoussé par arrêt infirmatif de la Cour d'Angers (2). Mais cet arrêt a été cassé. « D'une part, a dit la Cour de cassation en maintenant sa jurisprudence, les membres d'un conseil de surveillance d'une société en commandite par actions sont investis, tant dans l'intérêt des tiers que dans les intérêts des actionnaires, d'un véritable mandat qui, étant relatif aux opérations d'une société de commerce, participe de leur nature et a un caractère commercial; d'autre part, la masse d'une faillite représentée par le syndic qui agit en son nom constitue une collectivité commerciale dans laquelle se confondent tous les droits individuels des créanciers, quelle que puisse être, d'ailleurs, leur nature ou leur origine. Or, dans l'espèce, l'action, intentée par le syndic agissant en cette qualié contre les membres du conseil de surveillance pris en cette qualité et à raison de l'inexécution de leur mandat, avait un caractère commercial tant vis-à-vis du syndic demandeur que vis-à-vis des défendeurs; elle appartenait, dès lors, nécessairement à la juridiction commerciale; et en jugeant, au contraire, que le syndic avait pu la porter devant le Tribunal civil, sous prétexte que le mandat donné aux membres du conseil de surveillance n'avait pas, vis-à-vis des créanciers, un caractère commercial, et que les créanciers au nom desquels elle avait été intentée n'étaient pour la plupart ni marchands ni banquiers et n'avaient pas fait acte de commerce, la Cour d'appel d'Angers a violé l'art. 631 du Code de commerce. » (3)

Toutefois, au lieu d'un syndic agissant au nom « d'une collectivité commerciale dans laquelle se confondent tous les droits », c'est un actionnaire non commerçant qui, exerçant son droit individuel, actionne les membres du conseil de surveillance, auxquels il impute de l'avoir amené à souscrire des actions par leurs agissements illicites : est-ce que la solution devrait être la même en ce cas? Nous ne le pensons pas; et, dans cette hypothèse, les considérations auxquelles s'était arrêtée la Cour d'Angers, et qui n'ont pu sauver l'arrêt en raison de ce que l'action avait un caractère commercial vis-à-vis de toutes les parties, auraient une incontestable valeur. Si le mandat dont les membres du conseil de surveillance sont investis dans leurs rapports avec les actionnaires est un mandat commercial, cela ne fait pas que les actionnaires deviennent commerçants parce qu'ils souscrivent des actions. Ce n'est

(1) Voy., notamment, Rej., 26 mai 1869 (Dall., 69, 1, 351; *J. Pal.*, 1869, p. 1103; S.-V., 69, 1, 430).
(2) Voy. Angers, 3 juin 1875 (S.-V., 76, 2, 4; *J. Pal.*, 1876, p. 83).
(3) Cet arrêt, encore inédit, est à la date du 23 juillet 1877.

même pas faire acte de commerce que mettre des fonds ou souscrire des actions dans une commandite; c'est effectuer un simple placement de capitaux (*suprà,* n°s 1423 et 1424). On ne saurait, dès lors, refuser à l'actionnaire non commerçant, agissant en responsabilité contre les membres du conseil de surveillance, le bénéfice de la jurisprudence d'après laquelle, dans un débat entre deux personnes dont une seule est commerçante, ou à propos d'une opération commerciale pour l'une des parties seulement, celle des parties qui n'est pas commerçante et n'a pas fait acte de commerce peut à son choix actionner le défendeur commerçant soit devant le Tribunal civil, soit devant le Tribunal de commerce (1). Et, en effet, la Cour de Paris, saisie de la question dans le cas supposé, a expressément jugé que la demande en responsabilité civile intentée par l'actionnaire en dehors de tous faits commerciaux de sa part peut être soumise aux tribunaux civils (2).

VI. — 1548. SANCTIONS PÉNALES. Les gérants, dans les commandites par actions, sont mandataires de la société, et les membres du conseil de surveillance ont la même qualité, au moins dans leurs rapports avec les actionnaires. Par suite, ils peuvent, les uns et les autres, encourir les peines édictées par les art. 406 et 408 du Code pénal contre « quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé. » Les gérants ou les membres du conseil de surveillance qui se rendraient coupables de l'abus de confiance puni par ces articles encourraient la peine édictée, par application pure et simple du droit commun, auquel, bien entendu, la loi qui a réglementé les sociétés par actions ne les soustrait en aucune manière.

1549. Mais cette loi spéciale relève des faits qu'elle précise et auxquels elle imprime le caractère de délits ou de contraventions en édictant certaines peines. En général, ces faits, nous le savons, touchent à la constitution même de la société; c'est pourquoi ils ont dû être analysés et discutés en même temps que les formalités et les conditions nécessaires à la formation des sociétés (*suprà,* n°s 1310 et suiv.). Il en est, cependant, qui sont susceptibles de se produire plus particulièrement au cours des opérations sociales : c'est de ceux-là seulement qu'il doit être question ici.

L'un de ces faits, simple contravention que nous nous bornerons à rappeler, est indiqué par l'art. 64 de la loi de 1867, d'après lequel, dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres documents imprimés ou autographiés, émanés des sociétés par actions, la déno-

(1) Voy. notamment Req., 26 juin 1867 et 21 juill. 1873 (S.-V., 67, 1, 290; 73, 1, 446; *J. Pal.*, 1867, p. 750; 1873, p. 1143).

(2) Voy. Paris, 26 janv. 1874 (*J. Pal.*, 1876, p. 82; S.-V., 76, 2, 3). *Junge :* Angers, 12 mars 1873 (S.-V., 74, 2, 214; *J. Pal.*, 1874, p. 994).

mination sociale doit toujours être précédée ou suivie immédiatement de l'indication de la forme adoptée (anonyme ou en commandite) et de l'énonciation du montant du capital social. Suivant le même article, qui en cela reproduit une disposition de la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée (art. 28), toute contravention à cette prescription « est punie d'une amende de cinquante francs à mille francs. » Sans insister sur ce point, déjà expliqué dans la partie du titre précédent relative à la publication (*suprà,* n°s 1184 et suiv.), nous passons aux délits spéciaux, aux responsabilités pénales proprement dites, c'est-à-dire aux art. 13 (§§ 4, 5 et 6) et 15 (n° 3).

1550. L'art. 13 prévoit et punit l'un des abus les plus criants, qui, jusqu'à la loi actuelle de 1867, ont pu se produire impunément dans les sociétés en commandite par actions : la création frauduleuse d'une majorité factice dans les assemblées générales par l'introduction et le vote de faux actionnaires. La loi de 1856, en réglementant ces sociétés, n'avait pas prévu le fait; c'est la loi du 23 mai 1863 qui, la première, l'a atteint par son art. 29, dont la disposition était ainsi conçue : « Sont punis d'une amende de cinq cents francs à dix mille francs ceux qui, en se présentant comme propriétaires d'actions ou de coupons d'actions qui ne leur appartiennent pas, ont créé frauduleusement une majorité factice dans une assemblée générale, sans préjudice de tous dommages-intérêts, s'il y a lieu, envers la société ou envers les tiers. — La même peine est applicable à ceux qui ont remis les actions pour en faire l'usage frauduleux. » Mais cette disposition s'appliquait seulement aux assemblées des sociétés à responsabilité limitée. Le législateur de 1867 se l'est appropriée et l'a étendue à toutes les autres sociétés, spécialement aux sociétés en commandite par actions (1). Il y a même ajouté; et s'il lui a paru que la peine du faux ou même de l'escroquerie, dont quelques membres du Corps législatif demandaient l'application (2), serait exagérée eu égard au fait en question, il a reconnu au moins qu'une peine pécuniaire pourrait ne pas suffire en toute circonstace, et, par addition au texte de la loi de 1863, il a dit que, « dans les cas prévus par les deux paragraphes précédents, la peine de l'emprisonnement de quinze jours à six mois peut, en outre, être prononcée. »

Ainsi, sauf la modération de la peine pouvant résulter de l'existence de circonstances atténuantes (art. 16, *suprà,* n° 1325), la création frauduleuse d'une majorité factice dans les assemblées générales entraîne, comme sanction pénale, une amende de cinq cents francs à dix mille francs, et, en outre, mais facultativement, suivant la gravité des cas, un emprisonnement de quinze jours à six mois, le tout sans préjudice de l'action civile en dommages-intérêts que la loi a cru devoir réserver expressément à la société et aux tiers, *s'il y a lieu,* c'est-à-dire s'il est justifié d'un dommage que la société ou les tiers auraient subi et dont l'atteinte portée à la sincérité des assemblées générales serait la cause.

---

(1) Voy. l'Exposé des motifs (Tripier, t. I, p. 31).
(2) Amendements de MM. de Janzé et Millet (Tripier, t. I, p. 248 et suiv., 628 et suiv., et t. II, p. 549 et suiv.).

Et il n'y a pas, d'ailleurs, à se préoccuper de l'objet de l'assemblée iciée par la fraude : la loi ne distingue pas. Sans doute, elle peut avoir u plus particulièrement en vue les assemblées, ordinaires et extraordinaires, tenues après la constitution et pendant le fonctionnement des ociétés; mais elle n'a pas exclu les assemblées initiales; et, bien que a fraude prévue y soit moins aisément praticable en raison de ce que es actions sont nécessairement nominatives quand les souscripteurs se éunissent pour constituer leur société, il est certain que la peine serait ncourue si, en fait, la fraude y avait été pratiquée. Cela s'induit de la iscussion même de la loi, où l'on voit que les assemblées initiales sont isées avec les autres (1).

1551. Mais notons bien que le fait prévu et puni par la loi est la réation frauduleuse *d'une majorité* factice par l'introduction et le vote le faux actionnaires. Ainsi, d'une part, il n'y aurait pas fait punissable lans la présence et le vote de personnes qui, se disant propriétaires l'actions qui ne leur appartiennent pas, auraient, en concourant aux lélibérations, exercé un droit inhérent aux actions dont elles étaient létentrices. Tel serait le cas où un actionnaire sérieux se serait fait représenter aux assemblées par un tiers auquel il aurait remis ses actions; tel encore le cas où un actionnaire ayant droit, d'après les statuts, à un nombre de voix déterminé par le nombre de ses actions, enverrait à l'assemblée autant de personnes étrangères qu'il a de votes à émettre. Il importe peu, dans ces cas, que ceux qui ont accepté les actions s'en soient déclarés propriétaires; en réalité, ils ont été de simples mandaaires; ils ont fait, pour le véritable propriétaire des actions, ce que elui-ci aurait pu faire lui-même, et, dès lors, quelle qu'ait été la délibération, on ne peut pas dire qu'il y ait eu une majorité *factice* créée rauduleusement (2). — D'une autre part, le délit n'existerait pas non plus dans ses conditions constitutives à la charge de faux actionnaires qui auraient, même frauduleusement, pénétré dans l'assemblée et y auaient voté, si, en fait, leur vote était resté dans la minorité. Ils auraient enté, sans doute, de créer une majorité factice, mais ils ne l'auraient as *créée;* et aucune disposition spéciale ne permettant ici de considérer omme délit la simple tentative du délit (C. pén., art. 3), il s'ensuit u'en l'absence du fait matériel défini par la loi, la peine ne serait pas pplicable.

1552. La peine est édictée : 1° contre ceux qui se sont présentés omme propriétaires d'actions ou de coupons d'actions qui ne leur appartiennent pas; 2° contre ceux qui ont remis les actions pour en faire

---

(1) « C'est le fait le plus grave, a dit M. Millet, qui puisse se produire en matière e société; car il affecte, ou peut affecter, tous les actes essentiels de la vie sociale, els que *l'appréciation des apports et des avantages particuliers de certains actionaires, la création du conseil de surveillance,* l'appréciation de la régularité des inentaires et de la sincérité des dividendes, et enfin l'appréciation aussi de l'opporunité de la dissolution de la société. » (Tripier, t. II, p. 549).

(2) Voy. MM. Mathieu et Bourguignat (n° 132), Alauzet (n° 512), Rivière (n° 118), édarride (n° 276), Dolez (p. 343).

l'usage frauduleux. La disposition, en ce point, s'explique en quelque sorte d'elle-même, puisque en définitive ce sont bien là les agents du fait délictueux : ils y concourent tous, les uns en agissant directement par leur présence à l'assemblée et par leur vote; les autres en fournissant les instructions nécessaires et les moyens d'agir.

Toutefois, une difficulté s'est élevée à ce propos, qui a été assez vivement débattue. Elle a porté sur le point de savoir si le détenteur d'actions en vertu d'une opération de report pourrait, sans encourir la peine, faire partie des assemblées générales des actionnaires et y voter. Il y a là à la fois une question de principe et une question de fait.

Quant à la question de principe, la solution dépend du parti à prendre sur le caractère et la nature de cette opération. Il nous a paru, et nous avons dit dans notre *Traité-Commentaire des Petits Contrats*, que si le report, comme les autres opérations de bourse, affecte la forme d'un achat et d'une vente, il diffère, *au fond,* de ces opérations en ce qu'il ne constitue en réalité qu'un prêt sur nantissement (1). Or, s'il en était ainsi, si le reporteur était, non point propriétaire des titres, mais simplement emprunteur sur nantissement, la conséquence serait qu'il n'aurait pas le droit de participer aux assemblées générales. Toutefois, cette thèse, nous devons le dire, n'est pas celle qui a prévalu. Condamnée depuis longtemps déjà par un arrêt de la chambre des requêtes (2), elle a été également rejetée par la Cour de Paris, devant laquelle elle était récemment soutenue. « La loi, a dit la Cour, ne s'oppose pas à ce que des reporteurs puissent être admis dans une assemblée d'actionnaires, en vertu des titres d'actions qui sont entre leurs mains. Si par le résultat de la combinaison de deux contrats, qui s'établit à la Bourse entre le reporteur et le reporté, l'opération totale peut ne pas différer d'un prêt accompagné de nantissement, il n'en est pas moins vrai que les deux contrats ne sont pas fictifs : ils constituent, l'un un achat ferme de titres par le reporteur, l'autre une vente à terme faite par celui-ci au reporté d'une égale quantité de titres du même genre. Ces deux contrats doivent produire, l'un et l'autre, leurs effets juridiques : *le reporteur est propriétaire* des titres par lui achetés, sauf à en livrer de pareils au reporté quand celui-ci requiert, dans le temps convenu, l'exécution du second contrat. A la vérité, suivant l'usage le plus ordinaire, les titres livrés par le reporteur sont les mêmes que ceux qui lui avaient été primitivement vendus; le reporteur n'a eu alors qu'une propriété momentanée de ces titres, et il peut paraître excessif que des reporteurs possédant des titres d'actions qui ne font que passer entre leurs mains y trouvent le moyen d'influencer les délibérations d'une assemblée d'actionnaires dans une société à laquelle aucun intérêt sérieux ne les rattache. Mais telle est la conséquence du droit de propriété des actions, en l'absence

(1) *Petits Contrats* (t. I, n° 625, et t. II, n° 1151). Voy. aussi MM. Bozérian (*De la Bourse*, t. I, n°s 88 et suiv.), Bédarride (*Bourse de comm.*, n° 109), Boistel (*Précis*, p. 414).

(2) Req., 3 févr. 1862 (*J. Pal.*, 1862, p. 707; S.-V., 62, 1, 369).

de toute disposition qui réglemente le droit d'assister aux assemblées, de manière à prévenir ce genre d'abus.» (1) C'est l'opinion qui paraît dominer en doctrine et en jurisprudence. Et, par conséquent, on estime assez généralement qu'étant propriétaires des titres acquis, les reporteurs ont, en principe, le droit de se présenter et de voter aux assemblées générales.

Mais reste la question de fait. Elle se posait aussi devant la Cour de Paris à côté de la question de principe. On soutenait, dans l'espèce, que l'ingérence des reporteurs dans l'assemblée avait été la suite d'une manœuvre pratiquée en vue de créer frauduleusement une majorité factice dans une assemblée générale dont des spéculateurs cherchaient à se rendre maîtres, et que les reporteurs, introduits à cet effet dans l'assemblée, n'avaient fait que concourir par un acte de connivence au but poursuivi. La Cour a reconnu nettement que, s'il en était ainsi, les reporteurs seraient considérés, non point comme des propriétaires d'actions se décidant par la considération bien ou mal appréciée de leur intérêt dans la société, mais comme des fauteurs d'une manœuvre qui, en dehors de toute vue d'intérêt comme actionnaires, auraient coopéré frauduleusement à l'exécution d'un dessein consistant à enlever des délibérations par une majorité factice. Elle a donc virtuellement admis que leur qualité de reporteur ne suffirait pas à les affranchir, en ce cas, de la peine édictée par l'art. 13. Cela est juste, d'ailleurs. Et, dans cet ordre d'idées, il faudrait dire que la peine serait également encourue par l'actionnaire véritable qui, ayant deux voix, par exemple, en raison du nombre de ses actions, émettrait trois ou quatre votes. Il excéderait son droit en cela; et s'il arrivait par ce moyen à constituer la majorité, il y aurait création frauduleuse d'une majorité factice dans le sens de l'art. 13.

1553. Enfin, un dernier fait est prévu et puni par la loi : c'est la distribution de dividendes fictifs. A la différence du précédent, celui-ci avait été réprimé par la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions (art. 13, 3°). Dès cette époque, le législateur avait cru devoir se préoccuper d'un fait susceptible par sa nature de nuire aux créanciers de la société comme à la société elle-même, en ce que, distribuer des bénéfices qui n'existent pas, c'est prendre sur le capital, et, par conséquent, c'est diminuer le gage des créanciers en même temps que préparer la ruine de la société. Le législateur de 1856, assimilant ce fait à une escroquerie, avait prononcé les peines portées par l'article 405 du Code pénal contre « les gérants qui, en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, avaient opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes non réellement acquis à la société.» La disposition a été reprise plus tard et appliquée aux sociétés à responsabilité limitée par la loi du 23 mai 1863 (art. 31), et elle est

(1) Paris, 19 avr. 1875 (Dall., 75, 2, 161; *J. Pal.*, 1876, p. 467; S.-V., 76, 2, 113). Voy. aussi MM. Bravard (t. II, p. 126), Mollot (*De la Bourse*, n° 477), Buchère (*Tr. théor. et prat. des val. au port.*, n° 812), Mathieu (*le Rentier* du 17 mai 1875).

reproduite à peu près littéralement par l'art. 15, n° 3, de notre loi actuelle.

1554. Il s'agit encore ici d'un délit; c'est dire que le fait n'est punissable qu'autant que, commis dans une intention coupable, il se produit dans ses conditions constitutives. — Les conditions constitutives sont: d'une part, l'absence d'inventaire ou la confection d'inventaires frauduleux; d'une autre part, la distribution de dividendes non réellement acquis à la société, ou, selon l'expression substituée par la loi de 1867 à celle de 1856, la distribution *de dividendes fictifs* (*suprà*, n° 1483), par conséquent de dividendes pris sur le capital (1). — Quant à l'intention frauduleuse, elle résulte du fait lui-même, lorsque la distribution a lieu en l'absence de tout inventaire; il y a alors présomption de fraude contre le gérant, qui, en négligeant de faire inventaire, a manqué à l'un de ses premiers devoirs. Que si la confection d'inventaires aux époques requises a précédé les distributions de dividendes, la présomption est en faveur du gérant; et c'est à ceux qui l'attaquent à prouver, non pas seulement que des erreurs ont été commises, ce qui ne suffirait pas à entraîner une répression pénale si les erreurs avaient été commises sans mauvaise foi, mais que les inventaires au moyen desquels la répartition des dividendes a été opérée étaient frauduleux.

1555. Le délit n'existant que par la réunion de ses conditions constitutives, il serait vainement prouvé qu'à la suite d'inventaires frauduleusement préparés le gérant a proposé des dividendes. Si la proposition, soit qu'elle n'ait pas été admise, soit par toute autre cause, n'a pas été suivie d'une distribution effective des dividendes, le délit n'existe pas. Le gérant a *tenté*, sans doute, de le commettre; mais il en est de la distribution de dividendes fictifs comme de la création frauduleuse d'une majorité factice (*suprà*, n° 1551) : le législateur, cela résulte du texte même, n'a voulu atteindre que le fait consommé; la simple tentative n'est pas punissable.

1556. La loi frappe spécialement le gérant, qu'elle considère comme l'agent direct, comme l'auteur du délit. C'est à lui, en effet, dans les sociétés en commandite par actions, qu'incombe la charge de dresser les inventaires, de proposer et de distribuer les dividendes. Sans doute, il a auprès de lui un conseil qui surveille et contrôle. Mais les membres du conseil étant sans autorité sur lui, il ordonne, il agit seul; c'est donc à lui seul que le délit est imputable lorsque des dividendes ont été distribués sans qu'il ait été fait inventaire ou à la suite d'inventaires inexacts et frauduleux. Toutefois, si les membres du conseil de surveillance avaient pactisé avec le gérant, ils pourraient être poursuivis

(1) Jugé qu'une allocation de 5 pour 100, et à plus forte raison de 5 et demi ou de 6, faite aux actionnaires sous le nom d'intérêts, n'est pas autre chose qu'une distribution de dividendes, si l'acte social exige préalablement à toute distribution l'excédant de l'actif sur le passif, et, dès lors, que si elle a été faite en vertu d'inventaire frauduleux, le gérant est à bon droit déclaré coupable du délit prévu par l'art. 15 de la loi du 24 juillet 1867. Crim. rej., 26 janv. 1871 (Dall., 71, 1, 272; S.-V., 72, 1, 95; *J. Pal.*, 1872, p. 191).

correctionnellement comme complices, et seraient, comme tels, sous le coup des dispositions pénales de la loi. La situation, à cet égard, a été précisée, dans la discussion de l'art. 15, en ces termes : « Le gérant est en face d'une responsabilité civile et d'une responsabilité pénale ; car toute distribution de dividendes fictifs sur des inventaires inexacts et frauduleux constitue un délit. — Le conseil de surveillance est en face d'une responsabilité civile qui peut, *s'il y a complicité, devenir une responsabilité pénale.* » (1)

1557. Sous l'empire de la loi de 1856, la jurisprudence, allant plus loin, avait admis, nonobstant de très-justes critiques, que, même en dehors du cas de complicité, les membres du conseil de surveillance pouvaient être traduits devant le Tribunal de police correctionnelle *comme civilement responsables du délit du gérant,* par application de l'art. 1384 du Code civil (2). C'était méconnaître à la fois et la situation légale du conseil de surveillance par rapport au gérant, et la pensée même d'où procède l'art. 1384 du Code civil. Si ce dernier article déclare les père et mère, les maîtres et les commettants, les instituteurs et les artisans, civilement responsables du dommage causé par les enfants, les domestiques et préposés, les élèves et apprentis, c'est moins en raison de leur devoir de surveillance qu'à cause de l'autorité dont ils sont armés, et qui leur permettrait de prévenir ou d'empêcher le dommage ; c'est évident, puisque, aux termes de la disposition finale de cet article, la responsabilité n'a pas lieu si les père, mère, maîtres, commettants, instituteurs et artisans prouvent qu'ils n'ont pas pu empêcher le fait d'où elle naît. Or, les conseils de surveillance, nous l'avons dit déjà, n'ont pas d'autorité sur le gérant, qui, en toute hypothèse, reste maître absolu de la gestion et de la direction des affaires sociales. Et, dès lors, ainsi destitués de l'autorité et, par suite, de l'action directe qui, seule, peut légitimer la responsabilité civile du fait d'autrui, ils n'auraient pas dû, en raison comme en droit, être considérés comme civilement responsables des méfaits du gérant (3).

Aussi, le législateur de 1867 s'est-il expressément prononcé contre la jurisprudence qui avait prévalu. Après avoir posé en principe, dans l'art. 9 ci-dessus expliqué, « que les membres du conseil de surveillance n'encourent aucune responsabilité *à raison des actes de la gestion*

---

(1) Observation du rapporteur de la commission du Corps législatif (Tripier, t. II, p. 501).

(2) La Cour de Paris s'était d'abord prononcée en sens contraire. Mais son arrêt fut cassé par la chambre criminelle le 2 avril 1859 (S.-V., 59, 1, 353 ; *J. Pal.*, 1859, p. 978 ; Dall., 59, 1, 237). Sur le renvoi, la Cour de Rouen jugea comme la chambre criminelle, le 13 janvier 1860 (S.-V., 61, 2, 239), et la Cour de Paris elle-même s'était rangée à cette doctrine, que suivait également la Cour de Douai, quand la loi de 1867 fut soumise aux discussions du Corps législatif. Voy. les arrêts de la Cour de Paris du 29 août 1861 et de la Cour de Douai du 21 avril 1862, rapportés sous Crim. cass., 28 juin 1862 (S.-V., 62, 1, 625 ; *J. Pal.*, 1862, p. 745 ; Dall., 62, 1, 305).

(3) La thèse avait été énergiquement défendue dans la doctrine. Voy. notamment une consultation de M. Bédarride (no 299) et une dissertation de M. Laferrière (*Rev. crit.*, t. XIV, p. 385). *Comp.* Aix, 9 avr. 1867, rapporté sous Rej., 11 mai 1870 (*J. Pal.*, 1870, p. 1118) ; Lyon, 11 juill. 1873 (S.-V., 74, 2, 73 ; *J. Pal.*, 1874, p. 346 ; Dall., 74, 2, 209).

et de leurs résultats » (*suprà*, n° 1532), il complète ici sa pensée, et, par la disposition finale de l'art. 15, il déclare « qu'ils ne sont pas civilement responsables des délits commis par le gérant. » Ainsi, quelle que puisse être la responsabilité civile des membres du conseil de surveillance à raison de leur négligence ou de leurs fautes dans l'accomplissement de leur mission, il est certain que le fait délictueux du gérant ne peut plus désormais les attirer devant les tribunaux de justice répressive (1).

1558. La prescription, en ce qui concerne les faits prévus et punis par notre loi spéciale, est naturellement régie par les art. 637, 638 et 640 du Code d'instruction criminelle : elle est acquise après trois années révolues pour les délits, et après une année révolue pour les contraventions. Mais notons que, d'après ces articles, l'action civile résultant du délit ou de la contravention est prescrite par le même laps de temps que l'action publique, soit qu'elle se produise par voie principale devant les tribunaux civils, soit qu'elle soit portée accessoirement à l'action publique devant les tribunaux répressifs. L'application du principe a été récemment faite à l'occasion d'une demande en restitution de souscription avec dommages-intérêts, fondée, entre autres motifs, sur ce que, lors de la constitution de la société, il y avait eu simulation de souscription. Mais cette société datait de l'année 1858, et la demande avait été introduite en 1873 seulement. En cet état, et sur l'exception de prescription opposée par le défendeur, le Tribunal de commerce de la Seine a jugé « qu'il résulterait des faits, base de l'action, s'ils étaient prouvés, qu'il y aurait violation des art. 1, 11 et 13 de la loi du 17 juillet 1856, et que le tribunal étant, dans un intérêt d'ordre public, à la fois le juge de l'action et de l'exception, il y avait lieu de reconnaître que l'action était prescrite », plus de trois années s'étant écoulées sans qu'il y eût eu aucun acte d'instruction ou de poursuite. La décision a été confirmée par la Cour de Paris, dont l'arrêt a été vainement déféré à la Cour de cassation (2).

1559. Nous avons épuisé la série des faits que les art. 13, 14 et 15 de la loi de 1867 ont érigés en contraventions ou délits spéciaux. La loi belge du 18 mai 1873 en mentionne un autre dans son art. 134, aux termes duquel sont punis d'une amende de 50 à 10 000 francs, et facultativement d'un emprisonnement d'un mois à un an, tous ceux qui, comme administrateurs, commissaires ou gérants, auraient sciemment « racheté des actions ou parts sociales, si ce n'est au moyen d'un prélèvement net sur les bénéfices réels opérés conformément aux statuts ou aux délibérations de l'assemblée générale. » En cela, le législateur belge semble s'être inspiré de la discussion dont notre loi a été précédée, et au cours de laquelle, en effet, il a été proposé un amendement qui, adopté d'abord et même étendu par la commission du Corps législatif, consistait à assimiler à la distribution frauduleuse de dividendes fictifs,

(1) Voy. l'Exposé des motifs de la loi de 1867 (Tripier, t. I, p. 27 et 28) et le rapport de la commission du Corps législatif (*ibid.*, p. 127 et suiv.).
(2) Paris, 24 juin 1875, et Req., 7 mars 1877 (*J. Pal.*, 1878, p. 241; S.-V., 78, 1, 97).

et, par suite, à punir des peines de l'escroquerie, *le fait par le gérant d'employer une partie quelconque du capital social à l'achat ou au rachat des actions émises*. Mais nous avons dit plus haut, et nous n'avons pas à y revenir, comment et par quels motifs le conseil d'État avait cru devoir repousser cet amendement, qui, repris dans la discussion par son auteur et longuement débattu devant le Corps législatif, a été définitivement écarté (*suprà,* n° 1444).

§ III. — DES ACTIONS JUDICIAIRES.

SOMMAIRE.

I. 1560. Par dérogation à la maxime que *nul en France ne plaide par procureur,* la loi donne aux actionnaires, en certains cas et sous certaines conditions, la faculté d'ester en justice par commissaires : texte de l'art. 17 de la loi de 1867. — 1561. Origine et but de cette disposition. — 1562. Son caractère : elle n'est plus obligatoire. — 1563. Elle n'est pas exclusive de la faculté, pour chaque actionnaire, d'agir individuellement et directement. — 1564. *Quid* si les statuts sociaux prescrivent que toute demande contre la société soit préalablement déférée à l'assemblée générale ?

II. 1565. Hypothèse de la loi : elle suppose une contestation des actionnaires ou d'une partie des actionnaires soit avec le gérant, soit avec les membres du conseil de surveillance. — 1566. Mais elle exclut le cas où il s'agirait d'une action à diriger contre d'anciens gérants ou membres du conseil de surveillance. — 1567. *Quid* en cas de contestation entre un groupe et un autre groupe d'actionnaires ?

III. 1568. Conditions auxquelles est subordonnée la faculté de plaider par commissaires : il faut d'abord que les actionnaires représentent le vingtième au moins du capital social; — 1569. Qu'ils soient plusieurs agissant dans un intérêt commun; — 1570. Et que la contestation concerne les affaires de la société.

IV. 1571. Nomination et pouvoirs des commissaires : ils sont nommés par les parties intéressées sur la convocation de celui des actionnaires qui croit l'intérêt commun engagé. — 1572. Il en peut être nommé un seul ou plusieurs, et ils peuvent être choisis parmi les tiers étrangers à la société. — 1573. Mais ils ne doivent être pris que pour une seule affaire. — 1574. Leurs pouvoirs sont déterminés par l'acte de nomination. *Quid* si l'acte est muet à cet égard ? — 1575. Caractère du jugement intervenu entre le commissaire chargé de représenter les actionnaires et le gérant ou les membres du conseil de surveillance. — 1576. Suite.

I. — 1560. Il doit être question ici, non pas en général des actions judiciaires intéressant l'association, mais uniquement d'une dérogation aux lois de la procédure touchant les contestations qui peuvent s'élever au sein de la société. Ces lois, qui disposent en vue de débats engagés entre parties peu nombreuses et connues, exigent généralement des significations à personnes ou à domicile. Or, comment songer à de telles significations pour les actionnaires d'une société en commandite par actions? Non-seulement, dit Bravard, elles seraient une source de lenteurs, d'embarras et de frais, mais encore elles seraient impraticables pour des actionnaires qui se comptent par milliers et qui nécessairement sont inconnus quand les actions sont au porteur. « Aussi, continue-t-il, sous l'empire du Code de commerce, après beaucoup d'hésitations et de controverses, on avait fini par s'arrêter à un expédient qui consistait à faire représenter les intéressés par des commissaires qu'ils nommaient à la pluralité des voix, ou qui, à leur défaut,

étaient nommés par la justice. » (1) La loi de 1867 consacre cet expédient par son art. 17, aux termes duquel « des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs mandataires de soutenir, tant en demandant qu'en défendant, une action contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance, et de les représenter, en ce cas, en justice, sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel. » C'est une dérogation à l'ancienne maxime que *Nul en France ne plaide par procureur.*

1561. Le législateur s'est proposé, en organisant ce mode d'action, de faciliter, aux minorités d'actionnaires agissant dans un intérêt commun, l'accès de la justice par la simplification et l'économie (2). Du reste, c'est une pensée qui n'est pas nouvelle dans la réglementation des sociétés en commandite par actions (3). L'art. 17 de la loi de 1867 est, en effet, la reproduction, sous une forme différente et sauf quelques modifications, de l'art. 14 de la loi de 1856, lequel n'était lui-même que la reproduction de l'art. 32 des projets de 1838, déjà plusieurs fois mentionnés. Aux termes de la loi de 1856, « lorsque les actionnaires d'une société en commandite par actions avaient à soutenir collectivement et dans un intérêt commun, comme demandeurs ou comme défendeurs, un procès contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance, ils étaient représentés par des commissaires nommés en assemblée générale. — Lorsque quelques actionnaires seulement étaient engagés comme demandeurs ou comme défendeurs dans la contestation, les commissaires étaient nommés dans une assemblée générale composée des actionnaires parties au procès. — Dans les cas où un obstacle quelconque empêchait la nomination des commissaires par l'assemblée générale ou par l'assemblée spéciale, il y était pourvu par le Tribunal de commerce, sur la requête de la partie la plus diligente. — Nonobstant la nomination des commissaires, chaque actionnaire avait le droit d'intervenir personnellement dans l'instance, à la charge de supporter les frais de son intervention. »

1562. Il y a quelques différences entre ce texte et celui de la loi actuelle; nous aurons à les préciser. Mais signalons dès maintenant la plus importante peut-être, en ce qu'elle touche au caractère même de la disposition. Le mode de procéder était obligatoire d'après la loi de 1856, en sorte que dans tous les cas où plusieurs actionnaires avaient à soutenir collectivement et dans un intérêt commun un procès contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance, ils devaient, aux termes de l'art. 14, être représentés par des commissaires. Cette nécessité était plus accusée, sans doute, dans le projet de 1838, dont l'art. 32 exprimait que, dans le cas donné, les actionnaires « *ne*

(1) Voy. Bravard (*Soc. comm.*, p. 174).
(2) Voy. le rapport de la commission (Tripier, t. I, p. 146).
(3) Elle avait été aussi appliquée aux sociétés à responsabilité limitée par la loi du 23 mai 1863, art. 22.

pouvaient procéder en justice qu'à la diligence des actionnaires nommés spécialement pour chaque procès. » Néanmoins, il est certain que la loi de 1856 était également impérative sur le point en question. Cela ressort de toute l'économie de l'art. 14, qui, d'une part, réglait minutieusement le mode de nomination des commissaires, et qui, d'une autre part, entendait que, dans le cas où quelque obstacle empêcherait la nomination, il y fût pourvu par le Tribunal de commerce. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui, d'après la loi de 1867. Les actionnaires, est-il dit dans l'art. 17, *peuvent,* dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs mandataires de soutenir leur action. C'est donc une simple faculté que la loi nouvelle donne aux actionnaires, toute liberté leur étant laissée d'en faire ou de n'en pas faire usage.

1563. Et, en outre, cette faculté n'est pas exclusive du droit qu'a chaque actionnaire d'agir en son nom personnel dans les termes du droit commun, soit contre le gérant, soit contre les membres du conseil de surveillance. Il en était ainsi, d'ailleurs, même sous l'empire de la loi de 1856. Le législateur, on l'a vu, avait jugé à propos de réserver à chaque actionnaire le droit d'intervenir à ses frais dans l'instance engagée avec des commissaires (1), parce que, quand les actionnaires ayant un intérêt commun étaient obligés d'être représentés en justice, il était juste de permettre à ceux d'entre eux dont les commissaires nommés par l'assemblée ou par le tribunal n'avaient pas la confiance d'intervenir personnellement et de plaider par eux-mêmes. Mais cela n'impliquait en aucune façon une dérogation au droit commun telle qu'un actionnaire ne pût pas être admis à agir individuellement en justice quand il se croyait lésé. La loi de 1856, a dit la Cour de Lyon par infirmation d'un jugement qui s'était prononcé en sens contraire, en organisant un mode spécial de procéder toutes les fois que les actionnaires ou quelques-uns d'entre eux ont à soutenir un procès contre le gérant ou contre les membres du conseil de surveillance, n'a eu d'autre objet que la simplification des procédures et la diminution des frais. Mais d'une disposition toute de faveur et limitée à des cas prévus on ne saurait induire que le législateur ait entendu, par dérogation aux principes du droit commun, priver chaque actionnaire isolé de l'action individuelle qui lui appartient toutes les fois qu'il a quelque raison de se croire lésé dans ses intérêts (2). Aujourd'hui, sous la loi de 1867, cela ne saurait plus être mis en question en présence de la disposition finale de l'art. 17, qui réserve expressément « l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel. »

Et il n'y a pas à se préoccuper de l'objet et du caractère de l'action individuellement exercée par un actionnaire en son nom personnel. On soutenait récemment devant la Cour de Paris qu'il y a des actions de

(1) Il était jugé que l'intervention devait avoir lieu devant les juges du fond, et n'était plus recevable devant la Cour de cassation. Req., 12 avr. 1864 (S.-V., 64, 1, 169; *J. Pal.*, 1864, p. 730; Dall., 64, 1, 377).

(2) Lyon, 23 mai 1863 (S.-V., 63, 2, 235; *J. Pal.*, 1863, p. 760). *Comp.* Req., 3 déc. 1872 (S.-V., 73, 1, 33; *J. Pal.*, 1873, p. 51; Dall., 73, 1, 192).

deux sortes : les unes d'intérêt général, qui ne peuvent être exercées que par un groupe d'actionnaires dans les conditions déterminées par l'art. 17; les autres d'intérêt particulier, qui seules seraient accordées à l'actionnaire isolé agissant dans les termes du droit commun. Et, sur ce fondement, on refusait droit et qualité à un actionnaire pour exercer une action qui, tendant à la dissolution de la société, était par cela même et incontestablement d'intérêt général. La Cour, écartant ce système, qui en effet est sans base dans la loi, a considéré que les dispositions de l'art. 17 régissent seulement le cas où il convient à des actionnaires de grouper leur action en plaidant par procureur dans un but de simplification des formalités et d'économie; mais que l'actionnaire reste toujours libre d'exercer individuellement son action, quelle *qu'elle* soit, contre la société, et que son droit d'agir en justice ne saurait être subordonné à un concours avec d'autres actionnaires (1).

1564. Les statuts sociaux, cependant, pourraient faire obstacle au libre exercice de l'action individuelle réservée par l'art. 17. Ainsi en serait-il, par exemple, si, par une stipulation qui en elle-même n'aurait rien d'illicite, il était déclaré qu'aucune contestation ne serait portée en justice sans l'avis préalable de l'assemblée générale. C'était le cas dans l'espèce sur laquelle il a été statué par l'arrêt précité de la Cour de Paris. Indépendamment de la fin de non-recevoir qu'ils avaient cru pouvoir tirer des art. 17 et 39 de la loi, les administrateurs de la société en opposaient une seconde, qu'ils puisaient dans une disposition des statuts, aux termes de laquelle « de convention expresse aucun actionnaire ne pouvait intenter une demande en justice contre la société sans que cette demande eût été préalablement déférée à l'assemblée générale des actionnaires, dont l'avis devait être soumis aux tribunaux compétents en même temps que la demande elle-même. » A la vérité, la Cour de Paris ne s'est pas arrêtée non plus à cette seconde fin de non-recevoir. Mais ce n'est pas à dire qu'elle ait considéré la clause comme non avenue; elle en a, au contraire, virtuellement reconnu la légalité; et si elle n'en a pas tenu compte, c'est uniquement parce qu'elle ne lui a pas paru applicable dans le cas particulier, l'actionnaire auquel elle était opposée ayant été constitué défendeur par l'attitude des administrateurs qu'il avait d'abord appelés en justice. Cette clause, a dit la Cour, « n'est applicable qu'à l'actionnaire qui intente une demande, et qui *est alors tenu de la soumettre préalablement à l'assemblée générale des actionnaires;* mais ce préliminaire de l'examen et de l'avis de la société ne doit pas être rempli quand, comme dans l'espèce, l'actionnaire se défend contre une demande introduite contre lui par la société; la formalité prescrite par les statuts n'a plus d'objet en ce cas, l'avis de la société se trouvant exprimé par l'action même qu'elle exerce. » — Seulement, l'action isolée que chaque actionnaire peut exercer librement lorsqu'elle n'est pas entravée par les statuts reste dans les termes du droit commun; elle est en dehors de l'hypothèse de l'art. 17, et en

(1) Paris, 19 avr. 1875 (*J. Pal.*, 1876, p. 467; S.-V., 76, 2, 113; Dall., 75, 2, 161).

vue de laquelle il est dérogé à la maxime que *Nul en France ne plaide par procureur*.

II. — 1565. La loi, dans cet article, suppose un différend s'élevant entre les associés ou une partie des associés et le gérant ou les membres du conseil de surveillance. C'est l'hypothèse de la loi; et, dans ce cas, il est permis à ces associés de s'affranchir de la règle commune qui, appliquée dans toute sa rigueur, exigerait l'intervention ou le concours direct et personnel de chacun d'eux, et de désigner un commissaire pour faire, dans leur intérêt commun, tous les actes de procédure nécessaires dans la contestation engagée. Peu importe, du reste, qu'il s'agisse pour eux d'attaquer ou de défendre. La loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, en concédant la même faculté aux actionnaires de ces sociétés, prévoyait seulement le cas où ils avaient «*à intenter une action* contre les administrateurs à raison de leur gestion.» (Art. 22.) La loi actuelle va plus loin; reproduisant, d'ailleurs, en cela la disposition de celle de 1856 (art. 14) sur les sociétés en commandite par actions, elle dit expressément, par l'art. 17, que les actionnaires peuvent charger un ou plusieurs commissaires de soutenir, *tant en demandant qu'en défendant,* une action contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance.

1566. Elle suppose, par ses termes mêmes, un débat soit avec le gérant, soit avec les membres du conseil de surveillance, c'est-à-dire avec les mandataires de la société. Il résulte de là que le droit de déléguer des commissaires n'existerait pas au profit d'actionnaires agissant dans un intérêt commun, s'ils n'étaient pas en présence du gérant ou des membres du conseil de surveillance *en exercice*. Dans une espèce soumise à la Cour de Paris, les commissaires délégués par une assemblée générale d'actionnaires poursuivaient d'anciens gérants, qui avaient successivement dirigé la société, à raison d'erreurs et de fautes commises dans leur gestion. La Cour n'a pas manqué de déclarer que c'est par une interprétation erronée de l'art. 17 de la loi de 1867 que des mandataires spéciaux avaient été choisis en ce cas; que si cet article a autorisé un groupe d'actionnaires agissant collectivement dans un intérêt commun à se faire représenter, c'est au cas où ils élèvent leurs griefs *contre l'autorité même qui a les pouvoirs ordinaires pour agir dans leur intérêt;* mais qu'il n'en saurait être ainsi quand il s'agit d'une action intéressant tout le corps social demandant compte à *d'anciens gérants* de leur gestion (1). C'est de toute évidence : il s'agissait là d'une action sociale. Or, le gérant en fonctions est le représentant légal de la société; il est, à vrai dire, la société elle-même, qu'il personnifie vis-à-vis des tiers (*suprà,* n° 1440). C'est donc à lui seul qu'il appartient d'intenter une telle action, pour l'exercice de laquelle il ne saurait être question, dès lors, d'instituer des commissaires ou des mandataires spéciaux.

1567. Mais la disposition de la loi serait-elle applicable au cas d'une

(1) Paris, 21 févr. 1874 (S.-V., 74, 2, 143; *J. Pal.*, 1874, p. 613).

contestation engagée au sein de la société entre un groupe d'actionnaires et un autre groupe d'actionnaires? La question est controversée. Le principe de la représentation par des commissaires, dit-on d'une part, est une dérogation, une exception aux règles générales de la procédure, et, par conséquent, comme toute exception, ce principe n'est pas susceptible d'extension. Or, il n'est appliqué par le texte qu'aux procès soutenus par les actionnaires dans un intérêt commun : 1° contre les gérants, 2° contre les membres du conseil de surveillance. Donc, il ne saurait être étendu aux procès entre les actionnaires eux-mêmes. Ce dernier cas n'étant pas prévu par la loi, il reste régi par la règle que *Nul en France ne peut plaider par procureur* (1). D'une autre part, on dit que l'art. 17 est démonstratif plutôt que limitatif; que le silence gardé par le législateur sur les procès entre deux groupes d'actionnaires s'explique par cette considération qu'il a statué seulement *de eo quod plerumque fit,* et n'a pas dû prévoir un cas qui n'est guère susceptible de se produire, mais que, le cas échéant, il n'y aurait aucune raison de n'y pas étendre, en vue de simplifier la procédure et de diminuer la dépense, une mesure dont le but et l'objet avérés ont été précisément la simplification de la procédure et l'économie des frais (2). Cette dernière solution tend à prévaloir; et nous estimons qu'elle est la meilleure. L'art. 32 du projet de 1838 amendé par la commission de la Chambre des députés la consacrait expressément par son texte, qui, on l'a vu (n° 1561), prévoyait le cas de contestation, soit entre les actionnaires et les administrateurs ou gérants de la société, *soit entre eux et un certain nombre de leurs coactionnaires.* Et si l'art. 17 de la loi actuelle n'a pas, plus que l'art. 14 de celle de 1856, mentionné ce cas, c'est sans aucun doute, et comme on l'a dit, parce que rien n'est plus rare, et qu'ainsi rien n'était moins à prévoir que le fait d'une contestation entre deux groupes d'actionnaires. Mais enfin s'il se produit, si, par exemple, il s'agit d'une répétition de dividendes par des actionnaires entrés dans la société postérieurement à la distribution contre les actionnaires anciens qui auraient reçu ces dividendes (*suprà,* n° 1491), on ne voit pas pourquoi les deux groupes ne pourraient pas se réunir et, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs mandataires de soutenir le procès et de les représenter en justice. Tous les motifs qui ont déterminé le législateur à autoriser exceptionnellement la représentation par commissaires militent pour l'extension de la mesure à notre hypothèse; et rien assurément ne serait plus contraire à l'esprit de la loi que d'exiger, en ce cas, que les actionnaires, au lieu de se former en groupe et d'agir dans un intérêt commun, restassent séparés, et que, fussent-ils cinquante, cent ou davantage, chacun d'eux fît son procès distinct et plaidât en son nom personnel.

---

(1) Voy. MM. Rivière (n° 131), Vavasseur (n° 286), Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 1409), Dolez (p. 351), Lescœur (p. 240).

(2) Voy. MM. Duvergier (*Coll. des lois*, 1856, p. 350), Bravard (*Soc. comm.*, p. 174), Romiguière (*Loi de 1856*, n° 164), Mathieu et Bourguignat (*Loi de 1867*, n° 160), Bédarride (*ibid.*, n°s 312 et suiv.), Sourdat (*op. cit.*, p. 211).

Ces points précisés en ce qui concerne l'hypothèse de la loi, arrivons aux conditions auxquelles est subordonnée la dérogation consacrée et à la mise en œuvre de la mesure.

III. — 1568. Quant aux conditions requises, elles sont diverses. Il faut d'abord qu'à eux tous les actionnaires, agissant dans un intérêt commun, représentent le vingtième au moins du capital social. La loi de 1856 ne disait rien de semblable. Non-seulement elle rendait la représentation par commissaires obligatoire dans les contestations entre les actionnaires ou une partie des actionnaires et les gérants ou les membres du conseil de surveillance (*suprà*, n° 1562), mais encore elle généralisait la mesure en ce sens que les actionnaires, dès qu'ils avaient à soutenir un procès comme demandeurs ou comme défendeurs, collectivement et dans un intérêt commun, étaient représentés par des commissaires, quel que fût dans son total le montant des actions dont ils étaient porteurs. La loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, en rendant la mesure facultative d'obligatoire qu'elle était, a la première exigé que les associés qui en voudraient faire usage représentassent le vingtième au moins du capital social. La condition a été maintenue par la loi de 1867. « Plaider par des mandataires, a dit la commission du Corps législatif, c'est une exception au droit commun qu'il importe de restreindre au lieu de l'étendre. En faire bénéficier les minorités sans se préoccuper de la part qu'elles représentent dans le capital social, c'est exposer la société à des attaques indiscrètes, encourager l'esprit processif, en abaissant l'obstacle qui seul l'arrête, la responsabilité des frais engagés dans la contestation. Cette restriction apportée au droit des minorités ne gêne en rien l'action individuelle, et chaque actionnaire peut, isolément et à ses risques et périls, intenter une action en son nom personnel... » (1) Peut-être ces observations ne sont-elles pas décisives pour justifier une restriction à laquelle le législateur de 1856 n'avait pas songé; et, avec quelques auteurs (2), on peut regretter qu'en raison du but de la loi, la mesure ne soit pas restée avec le caractère de généralité que le législateur de 1856 lui avait donné. Quoi qu'il en soit, disons, au moins, avec la Cour de Bourges, que lorsqu'un certain nombre d'actionnaires représentant le vingtième du fonds social ont constitué un mandataire pour agir contre le conseil de surveillance, un autre groupe d'actionnaires peut, bien que le montant de ses actions soit inférieur au vingtième, se faire représenter par le même mandataire (3).

1569. Il faut, en second lieu, la réunion *de plusieurs* actionnaires agissant dans un intérêt commun. Le nombre n'est pas déterminé par la loi, sans doute; et il est certain qu'y eût-il seulement trois ou même deux actionnaires, le cas prévu se trouverait réalisé si, d'ailleurs, ces deux ou trois actionnaires représentaient le vingtième au moins du ca-

(1) Voy. le *Comment. législ.* de M. Tripier (t. I, p. 147).
(2) Voy. MM. Bédarride (n°ˢ 302 et suiv.), Alfred de Courcy (p. 174).
(3) Bourges, 21 août 1871 (S.-V., 72, 2, 257; *J. Pal.*, 1871, p. 831; Dall., 73, 2, 34).

pital social. Mais, d'un autre côté, il est également évident qu'un seul actionnaire, même dans le cas où il représenterait le vingtième du capital, ne serait pas admis à user du bénéfice de la loi. Le Tribunal de commerce du Mans avait décidé le contraire; la Cour d'Angers, en infirmant son jugement, a dit « que la loi a voulu, afin de simplifier et d'accélérer les procès, et afin d'en diminuer les frais, réunir en une seule action les actions diverses intentées par plusieurs sociétaires, et que lorsqu'une seule action est intentée par un seul actionnaire, il n'y a pas lieu de recourir à une procédure exceptionnelle qui, au lieu de simplifier et d'accélérer le procès, ne pourrait que le compliquer ou le retarder. » (1)

1570. Enfin, il faut qu'il s'agisse d'intérêts ou de contestations touchant l'association elle-même. « Il faut que l'on sache, est-il dit dans l'exposé des motifs du projet de 1838, que ces règles toutes spéciales de procédure s'appliquent seulement aux cas de contestations avec les actionnaires représentant l'intérêt social collectif, et non aux cas de contestations avec les actionnaires assignés à raison d'une obligation particulière. Ainsi, que des actionnaires soient poursuivis comme débiteurs de tout ou partie de leurs actions, c'est une procédure qui rentre dans les règles du droit commun. Qu'ils soient, au contraire, appelés en justice pour le règlement des intérêts sociaux, c'est le cas du commissariat. » (2) Les lois de 1856, de 1863 et de 1867 ont certainement statué dans la même pensée, bien que non formulée dans les débats législatifs, puisquelles ont toutes visé le cas d'*actionnaires* procédant *dans un intérêt commun*.

IV. — 1571. Le législateur, lorsqu'il imposait aux actionnaires agissant dans un intérêt commun l'obligation de se faire représenter en justice, devait s'occuper de réglementer le mode de nomination des commissaires délégués. Et, en effet, on a vu par les textes ci-dessus reproduits que, d'après la loi de 1856, la nomination devait être *faite en* assemblée générale, ou, lorsque quelques actionnaires seulement étaient engagés dans la contestation, par une assemblée spéciale composée des actionnaires parties au procès; et dans le cas où un obstacle quelconque empêchait la nomination par l'assemblée générale ou par l'assemblée spéciale, il y devait être pourvu par le Tribunal de commerce (art. 14). La loi actuelle, par cela même qu'elle a mis ce mode particulier de procédure à la disposition des actionnaires sans leur en imposer l'usage, n'a pas eu à statuer à cet égard. Aussi n'a-t-elle rien réglé, laissant par là aux parties elles-mêmes le soin d'aviser ainsi qu'elles l'entendraient au moyen de mettre en œuvre une mesure absolument facultative pour elles. Les actionnaires intéressés pourront donc se réunir sur la convocation de celui d'entre eux qui, croyant l'intérêt général engagé ou compromis, prendra l'initiative; ils auront à s'entendre pour le choix du commissaire qu'ils chargeront de les repré-

---

(1) Angers, 26 avr. 1866 (*J. Pal.*, 1867, p. 457; Dall., 66, 2, 198; S.-V., 67, 2, 103).
(2) Voy. MM. Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 1408).

senter en justice. Mais, à défaut d'entente, ils n'auront plus la ressource d'un recours à un tribunal quelconque : la voie de la représentation en justice par commissaires sera fermée, et il ne restera plus, pour chaque actionnaire, que la faculté d'agir en son nom personnel dans les termes du droit commun.

1572. Au contraire, s'ils s'accordent à reconnaître l'utilité d'agir collectivement, ils auront toute liberté pour le choix et le nombre des commissaires qu'ils chargeront de les représenter. Ils en pourront nommer un seul ou plusieurs, et les prendre soit parmi eux, soit parmi les personnes désintéressées dans la contestation, sociétaires ou même étrangères à la société.

1573. Mais, dans aucun cas, ils ne pourront instituer un commissariat permanent. Le projet de 1832 amendé par la commission de la Chambre des députés portait, dans son art. 32, que les actionnaires, dans le cas donné, procéderaient en justice à la diligence de commissaires *nommés spécialement pour chaque affaire*. La loi actuelle est évidemment conçue dans la même pensée.

1574. Quant aux pouvoirs des commissaires, ils sont ce que les font les actionnaires intéressés, dont la liberté est également en ce point pleine et entière. Que si l'acte de nomination était muet, il y aurait à se référer aux principes généraux sur le mandat. Les commissaires, dans le cas de l'art. 17, sont, en définitive, des mandataires. Leurs pouvoirs doivent donc, lorsque les parties intéressées n'en ont pas autrement disposé, être limités à ceux qui, en général, appartiennent aux mandataires.

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit ici d'un mandat spécial dont l'objet déterminé est d'agir en justice, non pas au nom des parties intéressées de qui la commission procède, mais en leur propre nom et à leur requête. Ceci nous conduirait à décider, d'une part, contrairement à l'opinion de quelques auteurs, que, nommés pour représenter en justice des actionnaires dans un procès déterminé, les commissaires ont, en principe, le pouvoir d'agir dans tous les degrés de juridiction, et, par suite, qu'ils peuvent, sans renouvellement de leur mandat, à moins d'une révocation expresse, soit interjeter appel, soit se pourvoir en cassation (1); et, d'une autre part, qu'il ne leur appartiendrait pas de se désister de l'action à l'exercice de laquelle ils sont préposés.

1575. Le jugement rendu entre le gérant ou les membres du conseil de surveillance et des actionnaires représentés par un commissaire dans les termes de l'art. 17 de la loi de 1867 est en premier ressort, même à l'égard de ceux des actionnaires dont l'intérêt est inférieur à 1 500 fr., si l'intérêt collectif des actionnaires représentés excède ce chiffre (2).

---

(1) Voy., en ce sens, MM. Rivière (nº 140), Bédarride (nº 308). — Voy. cependant MM. Dalloz (*loc. cit.*, 1414), Dolez (p. 351), Vavasseur (nº 290). *Comp.* M. Alauzet (nº 525).

(2) Voy. Angers, 18 janv. 1865 (S.-V., 65, 2, 211; *J. Pal.*, 1865, p. 857; Dall., 65, 2, 67); Pau, 18 déc. 1865 (*J. Pal.*, 1866, p. 708; S.-V., 66, 2, 178).

L'instance ainsi engagée prend, pour tous les actionnaires représentés, un caractère d'indivisibilité qui ne permet plus de distinguer la part de chacun dans l'intérêt collectif.

1576. Terminons en faisant remarquer qu'aux termes d'un arrêt de la Cour de Lyon, l'usage que les actionnaires auraient fait de la faculté de se faire représenter par un commissaire dans le procès intenté par eux au gérant ou aux membres du conseil de surveillance n'aurait pas pour effet, en cas d'appel par les défendeurs du jugement intervenu, de faire considérer comme irrégulière et nulle la signification de l'appel, non aux commissaires chargés de représenter les actionnaires, mais aux actionnaires eux-mêmes (1). La nullité n'est pas édictée par la loi, et, en l'absence d'une disposition précise, la signification au mandant peut être admise comme équivalant à celle qui aurait pu être faite au mandataire (2). Mais, on l'a fait justement remarquer, il faudrait, pour que le but de la loi ne fût pas faussé, sinon annuler la signification, au moins en laisser les frais, pour la portion excédant le nécessaire, à la charge de celui qui n'aurait pas tenu compte du fait de la représentation par un commissaire (3).

CHAPITRE III

DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

SOMMAIRE.

I. — 1577. La société anonyme, celle que le législateur de 1807 a mentionnée la troisième, et que par une heureuse réforme celui de 1867 a désormais laissée à elle-même, est une pure association de capitaux, sans aucun vestige de l'élément personnel (4). « Des capitalistes rassemblés de divers points vers un centre commun s'entendent pour concourir à une entreprise. Ils souscrivent chacun pour une somme quelconque qu'ils déterminent eux-mêmes d'après leurs convenances ou leurs moyens. Du montant de ces souscriptions ils forment un capital social en rapport avec l'objet qu'ils se proposent; ils nomment les mandataires qui géreront le capital dans l'intérêt commun; après quoi, toutes leurs obligations sont remplies. Ils se sont rassemblés sans se connaître, ils peuvent se séparer de même, unis par un même intérêt, mais entièrement libres dans leurs personnes et dans leurs actes. Si quelque devoir leur reste, c'est un devoir de surveillance toujours facile,

---

(1) Lyon, 10 nov. 1871 (Dall., 72, 2, 188).
(2) *Comp.* cependant M. Bédarride (n°s 310 et 311).
(3) Voy. la note sur l'arrêt précité de Lyon (*loc. cit.*).
(4) La loi belge du 18 mai 1873, donnant une définition que nous ne trouvons pas dans nos lois françaises, dit, par son art. 26, que « la société anonyme est celle dans laquelle les associés n'engagent qu'une mise déterminée. »

dont ils peuvent s'acquitter de loin ou même se dispenser à l'occasion. Là, point de contrainte fâcheuse, puisque, une fois sa mise versée, chacun rentre dans sa liberté; point de responsabilité inquiétante, puisque nul ne peut être obligé au delà de cet apport...» Telle est la société anonyme. « C'est surtout, continue l'auteur auquel ce passage est emprunté (1), pour les grandes entreprises qu'elle l'emporte sur les autres formes de l'association. La société en nom collectif ne peut guère s'étendre à cause de ses exigences trop rigoureuses. La commandite elle-même, quand on n'en force pas tous les ressorts, est assez bornée dans ses moyens. Mais dans la société anonyme, la base de l'association peut s'élargir à volonté; on ne voit pas de limite à l'extension du capital. C'est pour cela que cette espèce de société est vraiment la seule qui soit à la hauteur de toutes les conceptions industrielles.»

1578. Quoique non réglementé par l'ordonnance de 1673, l'anonymat était connu et pratiqué sous notre ancienne législation. Il y avait de grandes compagnies qui, sans prendre la qualification de sociétés anonymes (laquelle était alors appliquée à *la participation*), répondaient, par leur combinaison, à l'idée de nos sociétés anonymes modernes. Telles étaient les compagnies des îles d'Amérique, d'Orient, de Cayenne, du Sénégal, de Saint-Domingue, de Guinée, toutes fondées dans le dix-septième siècle. Les associés n'y étaient engagés que jusqu'à concurrence de leurs mises, et l'administration en était confiée à des mandataires qui n'avaient pas à répondre, sur leurs biens personnels, des engagements de la société. C'est la combinaison même que les rédacteurs du Code de commerce ont acceptée en 1807; ils en ont fait, sous le nom de société anonyme, la troisième des sociétés commerciales par eux reconnues, et l'ont introduite dans la loi générale où elle n'avait pas eu sa place jusque-là. En effet, investies d'un privilége dans la branche du commerce qu'elles exploitaient, et empreintes d'un caractète en quelque sorte politique, les grandes compagnies coloniales du dix-septième siècle, véritables monopoles, ne procédaient en aucune manière de l'initiative individuelle; elles étaient l'œuvre du gouvernement et ne pouvaient être établies que par des actes émanés du souverain, en sorte que, comme l'a dit M. Troplong, une loi spéciale était nécessaire pour donner la vie à chacune d'elles (2); c'est pourquoi l'ordonnance de 1673 ne les avait pas réglementées.

Le législateur de 1807 avait subi l'influence de ces précédents. Et, tout en offrant cette forme de l'association à l'industrie et au commerce privés par son introduction dans la loi générale, il n'avait pas cru pouvoir la mettre à leur disposition dans les conditions de liberté et d'indépendance propres aux opérations commerciales. Il n'admit pas l'idée de société anonyme séparée de cette intervention du gouvernement dont la nécessité avait eu sa cause ou sa raison d'être dans le caractère même

---

(1) *Revue des Deux Mondes*, août 1843, article de M. Ch. Coquelin cité par M. Lescœur (*op. cit.*, p. 27 et suiv.).
(2) Troplong (*Soc.*, n° 445).

des associations revêtues autrefois de cette forme. De là l'art. 37 du Code de commerce, aux termes duquel la société anonyme ne pouvait exister qu'avec l'autorisation du roi et avec son approbation pour l'acte qui la constituait. Pendant cinquante ans environ, la société anonyme a vécu et fonctionné sous ce régime de l'autorisation et de la surveillance administrative.

Mais, en 1856, quand la commandite par actions fut pour la première fois réglementée, d'autres idées s'étaient fait jour, un changement notable s'était opéré dans les esprits. « L'intervention de l'autorité publique n'était plus envisagée de la même manière. On était moins touché des garanties qu'elle offrait que des difficultés et des lenteurs qu'elle pouvait faire naître. » (1) Le législateur crut devoir céder au vœu de l'opinion publique : la loi du 23 mai 1863 dispensa de l'autorisation certaines associations qui, sous la qualification de *sociétés à responsabilité limitée,* étaient de véritables sociétés anonymes. Et, quatre ans plus tard, la réforme fut complétée par la loi du 24 juillet 1867, qui accorda la même faveur à toutes les sociétés anonymes (art. 21). Mais, en même temps, pour parer aux dangers de la liberté illimitée, le législateur substitua à l'autorisation préalable la réglementation spéciale dont nous avons maintenant à nous occuper. Nous avons dit, au titre précédent, ce qu'est la partie de cette réglementation relative à la constitution même de la société. Il nous reste à étudier la partie qui touche à son organisation et à son fonctionnement.

1579. Elle est contenue d'abord dans celles des dispositions du Code de commerce que la loi de 1867 n'a pas expressément abrogées par son art. 47, et auxquelles elle déclare, par l'art. 21, que les sociétés anonymes resteront soumises; ce sont les dispositions des art. 29, 30, 32, 33, 34 et 36, lesquels sont ainsi conçus :

« ART. 29. La *société anonyme* n'existe point sous un nom social; elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés.

» ART. 30. Elle est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise.

» ART. 32. Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. — Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société.

» ART. 33. Les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société.

» ART. 34. Le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur égale.

» ART. 35 (2). L'action peut être établie sous la forme d'un titre au porteur. — Dans ce cas, la cession s'opère par la tradition du titre.

---

(1) Voy. l'exposé des motifs de la loi du 24 juillet 1867 (Tripier, t. I, p. 34).

(2) L'art. 35 n'est pas mentionné par la loi de 1867 au nombre des dispositions maintenues; néanmoins, l'abrogation n'en étant pas prononcée par l'art. 47, il y a lieu de le retenir, sauf à en combiner la disposition avec celle de l'art. 3 de la loi nouvelle (*infrà,* n° 1569).

» Art. 36. La propriété des actions peut être établie par une inscription sur les registres de la société. — Dans ce cas, la cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur les registres, et signée de celui qui fait le transport ou d'un fondé de pouvoir. »

La réglementation est complétée ensuite par diverses dispositions du titre II de la loi du 24 juillet 1867, spécialement par les dispositions suivantes :

« Art. 22. Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés. — Ces mandataires peuvent choisir parmi eux un directeur, ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle.

» Art. 26. Les administrateurs doivent être propriétaires d'un certain nombre d'actions déterminé par les statuts. — Ces actions sont affectées en totalité à la garantie de tous les actes de la gestion, même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs. — Elles sont nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité, et déposées dans la caisse sociale.

» Art. 27. Il est tenu, chaque année au moins, une assemblée générale à l'époque fixée par les statuts. Les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire, pour être admis dans l'assemblée, et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire, eu égard au nombre d'actions dont il est porteur...

» Art. 28. Dans toutes les assemblées générales, les délibérations sont prises à la majorité des voix. — Il est tenu une feuille de présence; elle contient les noms et domicile des actionnaires et le nombre d'actions dont chacun d'eux est porteur. — Cette feuille, certifiée par le bureau de l'assemblée, est déposée au siége social et doit être communiquée à tout requérant.

» Art. 29. Les assemblées générales... doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant le quart au moins du capital social. — Si l'assemblée générale ne réunit pas ce nombre, une nouvelle assemblée est convoquée dans les formes et avec les délais prescrits par les statuts, et elle délibère valablement, quelle que soit la portion du capital représentée par les actionnaires présents.

» Art. 31. Les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme, ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social.

» Art. 32. L'assemblée générale annuelle désigne un ou plusieurs commissaires, associés ou non, chargés de faire un rapport à l'assemblée générale de l'année suivante sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs. — La délibération contenant approbation du bilan et des comptes est nulle si elle

n'a été précédée du rapport des commissaires. — A défaut de nomination des commissaires par l'assemblée générale, ou en cas d'empêchement ou de refus d'un ou de plusieurs des commissaires nommés, il est procédé à leur nomination ou à leur remplacement par ordonnance du président du Tribunal de commerce du siége de la société, à la requête de tout intéressé, les administrateurs dûment appelés.

» Art. 33. Pendant le trimestre qui précède l'époque fixée par les statuts pour la réunion de l'assemblée générale, les commissaires ont droit, toutes les fois qu'ils le jugent convenable dans l'intérêt social, de prendre connaissance des livres et d'examiner les opérations de la société. — Ils peuvent toujours, en cas d'urgence, convoquer l'assemblée générale.

» Art. 34. Toute société anonyme doit dresser, chaque semestre, un état sommaire de sa situation active et passive. — Cet état est mis à la disposition des commissaires. — Il est, en outre, établi chaque année, conformément à l'art. 9 du Code de commerce, un inventaire contenant l'indication des valeurs mobilières et immobilières et de toutes les dettes actives et passives de la société. — L'inventaire, le bilan et le compte des profits et pertes sont mis à la disposition des commissaires le quarantième jour, au plus tard, avant l'assemblée générale. Ils sont présentés à cette assemblée.

» Art. 35. Quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, tout actionnaire peut prendre, au siége social, communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires, et se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires.

» Art. 36. Il est fait annuellement, sur les bénéfices nets, un prélèvement d'un vingtième au moins, affecté à la formation d'un fonds de réserve. — Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le fonds de réserve a atteint le dixième du capital social.

» Art. 39. L'art. 17 est applicable aux sociétés anonymes.

» Art. 40. Il est interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale. — Il est, chaque année, rendu à l'assemblée générale un compte spécial de l'exécution des marchés ou entreprises par elle autorisés, aux termes du paragraphe précédent.

» Art. 43. L'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires envers la société sont déterminés d'après les règles générales du mandat.

» Art. 44. Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs.

» Art. 45. Les dispositions des art. 13, 14, 15 et 16 de la présente loi, sont applicables en matière de sociétés anonymes, sans distinction

entre celles qui sont actuellement existantes et celles qui se constitueront sous l'empire de la présente loi. Les administrateurs qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront opéré des dividendes fictifs, seront punis de la peine qui est prononcée dans ce cas par le n° 3 de l'art. 15 contre les gérants des sociétés en commandite. — Sont également applicables, en matière de sociétés anonymes, les dispositions des trois derniers paragraphes de l'art. 10.»

1580. Telles sont, dans leur ensemble, les dispositions auxquelles sont soumis aujourd'hui le fonctionnement et l'organisation des sociétés anonymes. Nous en diviserons l'explication en trois sections, qui auront successivement pour objet : 1° les caractères généraux de la société anonyme; 2° l'administration même de la société et la mission spéciale de chacun des agents dont elle exige le concours; 3° enfin, quelques dispositions relatives à des points particuliers.

SECTION PREMIÈRE

DES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

SOMMAIRE.

I. 1581. La société anonyme est essentiellement une association de capitaux; la loi du 24 juillet 1867 en maintient le caractère par une relation expresse aux articles du Code de commerce dans lesquels l'impersonnalité des éléments de la société est précisée par ses conséquences juridiques.

II. 1582. Ainsi, la société anonyme n'existe pas sous une raison sociale; elle n'a pas de nom social, selon l'expression de l'art. 29 du Code de commerce, dont la disposition est impérative et obligatoire. — 1583. Elle est désignée par l'objet de son entreprise (art. 30), ou par une dénomination particulière. — 1584. Les associés, même ceux qui ont la gestion de la société, ne contractent pas d'engagement personnel et ne sont passibles que de la perte de leur intérêt dans la société (art. 32 et 33).

III. 1585. Ainsi encore, le capital social se divise en actions d'une valeur égale; la disposition de l'art. 34 du Code de commerce sur ce point est également impérative et obligatoire. — 1586. La cessibilité est le caractère distinctif de l'action : renvoi. — 1587. Elle en est aussi le caractère nécessaire, d'où suit que les stipulations d'incessibilité des actions est incompatible avec l'idée de société anonyme. — 1588. Le législateur lui-même a pris le soin de préciser des formes et des modes de transmission des actions : c'est l'objet des art. 35 et 36. — 1589. La loi de 1867 renvoie à ce dernier article seulement; toutefois, elle n'exclut pas, au moins d'une manière absolue, le mode de transmission indiqué dans l'art. 35.

IV. 1590. Indépendamment de ces règles, qu'elle emprunte au Code de commerce, la loi de 1867 en édicte de spéciales qui s'imposent à la société. — 1591. Les associés doivent être au nombre de sept au moins (art. 23); renvoi. — 1592. La société doit dresser chaque semestre un état sommaire de sa situation active et passive; de plus, il doit être établi, chaque année, un inventaire des valeurs mobilières et immobilières et de toutes les dettes actives et passives de la société (art. 34). — 1593. Il doit être fait annuellement, *sur les bénéfices nets*, le prélèvement d'un vingtième au moins affecté à la formation d'un fonds de réserve (art. 36). — 1594. Les bénéfices s'entendent de ce qui reste du gain, déduction faite des charges sociales, spécialement de l'intérêt afférent au capital-action. — 1595. Le prélèvement s'impose à la société, même dans le silence des statuts sur la création du fonds de réserve; il est, dans tous les cas, obligatoire pour la société anonyme, et ne cesse de l'être que lorsque le fonds de réserve a atteint le dixième du capital. — 1596. Toutefois, l'art. 36 détermine simplement un *minimum;* en conséquence, les statuts de la société pourraient stipuler une proportion supérieure, soit quant à la quotité du prélèvement, soit

quant à la mesure du fonds de réserve. — 1597. Dans le silence des statuts sur la constitution du fonds de réserve, quelle serait la conséquence de l'inobservation de l'art. 36? Renvoi.

I. — 1581. La société anonyme, nous l'avons indiqué déjà à diverses reprises, se distingue des autres sociétés reconnues et classées par la loi, en ce que, seule, elle est une pure association de capitaux. C'est là son caractère distinctif et essentiel. L'élément personnel lui est absolument étranger; il n'a aucun rôle dans la société, tellement que, même ceux qui ont la gestion des affaires sociales, sont de simples mandataires qui, à ce titre, engagent la société vis-à-vis des tiers, sans s'obliger personnellement, ni obliger aucun des associés par les engagements qu'ils prennent. L'impersonnalité absolue de tous les éléments de la société, tel est le trait distinctif et caractéristique de l'anonymat.

La loi du 24 juillet 1867 n'a rien changé à cela. Elle a, sans doute, sur des points importants, assimilé la société anonyme aux autres sociétés commerciales : d'une part, elle lui a permis de se former sans l'autorisation du gouvernement, et, par cette abrogation de l'art. 37 du Code de commerce, elle en a fait une société libre; d'un autre côté, par une faveur moins appréciable, elle lui a permis de se former par un acte sous seing privé, et, par cette abrogation de l'art. 40 du Code de commerce qui exigeait l'acte authentique, elle l'a placée, à cet égard, sur le même pied que les autres sociétés (*suprà,* nos 1119 et suiv.). Mais, sur ce point de l'impersonnalité des éléments de la société, elle n'a pas innové, et si, pas plus que le Code de commerce, elle n'a défini la société anonyme, elle a du moins expressément maintenu son caractère distinctif par une relation formelle aux art. 29, 30, 32, 33, 34 et 36 du Code de commerce, dans lesquels sont précisées les conséquences juridiques de l'impersonnalité. C'est à ces conséquences que nous avons tout d'abord à nous attacher.

II. — 1582. La première, c'est que la société anonyme n'existe point sous un nom social et n'est désignée par le nom d'aucun des associés. Ainsi dispose l'art. 29 du Code de commerce, indiquant par là que la société anonyme n'a pas de raison sociale. Cette disposition de la loi est impérative et obligatoire. La raison sociale, en effet, implique l'idée d'une réunion d'associés personnellement et solidairement responsables (*suprà,* nos 833 et suiv.). Or, ici, il n'y a pas d'associé dont la responsabilité personnelle soit engagée. Si donc une société dite anonyme agissait sous une raison sociale, ou sous le nom de l'un ou de plusieurs des associés, elle serait en réalité soit une société collective, soit une société en commandite, et, par cela même, elle se placerait sous l'application des règles qui régissent ces sortes de sociétés.

1583. Mais à défaut d'une raison sociale qui constate la personnalité juridique, l'être moral société, la société anonyme a besoin d'une qualification qui la fasse connaître. L'art. 30 du Code de commerce dit, en conséquence, qu'elle est qualifiée *par la désignation de l'objet de son entreprise*. Toutefois, on comprend que cela puisse ne pas suffire à qualifier une société et à la distinguer des autres sociétés similaires. Aussi

la pratique a-t-elle été naturellement conduite à employer d'autres dénominations. On ne se borne pas à dire, par exemple, *Compagnie contre l'incendie, Compagnie financière, Compagnie industrielle,* dénominations générales qui conviendraient à toutes les sociétés se livrant aux mêmes opérations d'assurance, de finance ou d'industrie; on dit : *le Phénix, le Soleil, la Banque de France, le Crédit foncier, les Mines d'Anzin,* etc., toutes dénominations particulières qui individualisent, en la spécialisant, chacune des sociétés dénommées. Le législateur belge, consacrant cet usage, a dit, par l'art. 28 de la loi du 18 mai 1873, que « la société anonyme est qualifiée *par une dénomination particulière* ou par la désignation de l'objet de son entreprise. » Et, en outre, à l'imitation de la loi anglaise de 1856, par une précaution bonne à prendre contre des usurpations plus ou moins habilement déguisées, il a ajouté, dans le même article : « Cette dénomination ou désignation doit être différente de celle de toutes autres sociétés. Si elle est identique, *ou si sa ressemblance peut induire en erreur,* tout intéressé peut la faire modifier et réclamer des dommages-intérêts, s'il y a lieu. » (1)

1584. Enfin, comme corollaire ou complément de l'idée que la société anonyme n'existe pas sous une raison sociale, le Code de commerce décide, par les art. 33 et 32, auxquels renvoie la loi de 1867 : d'une part, que les associés, sans excepter ceux qui sont chargés de la gestion, ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société, d'où l'on a généralement induit que, leur mise une fois effectuée, les associés n'auraient pas à répondre à un appel de fonds non autorisé par les statuts ou par une décision prise par eux à l'unanimité (2) ; d'une autre part, que les administrateurs, responsables seulement de l'exécution de leur mandat (comme nous le verrons ultérieurement), ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société. Citons, entre autres applications du principe, un arrêt duquel il résulte que, dans le cas de résolution d'une société pour changement dans son objet, ses administrateurs ne sauraient être condamnés personnellement à rembourser aux actionnaires le montant des sommes par eux versées (3).

III. — 1585. Une autre conséquence de l'impersonnalité de tous les éléments de la société anonyme, c'est que le capital est divisé en actions. « Le capital de la société anonyme, dit l'art. 34 du Code de commerce, auquel renvoie aussi la loi de 1867, *se divise* en actions ou

---

(1) L'art. 6 de la loi anglaise de 1856 porte : « Aucune compagnie ne sera enregistrée sous la même dénomination qu'une compagnie déjà existante, ou sous un nom dont la ressemblance pourrait induire en erreur. »

(2) Voy. MM. Delangle (n° 441), Malepeyre et Jourdain (p. 213), Troplong (n° 182).

(3) Orléans, 20 juill. 1853 (Dall., 54, 2, 30). Pour d'autres applications, voy. Cass., 16 juin 1851 (Dall., 51, 1, 164); 24 mars 1852 (Dall., 52, 1, 109). — *Comp.* Cass., 29 août 1859 (Dall., 60, 1, 385; *J. Pal.*, 1860, p. 215; S.-V., 60, 1, 526); Rej., 9 juill. 1872 (S.-V., 73, 1, 255; *J. Pal.*, 1873, p. 634; Dall., 72, 1, 404).

même en coupons d'actions d'une valeur égale. » Du reste, il est indifférent que la valeur soit représentée par une somme ou autrement, c'est-à-dire que les actions ou les coupons d'actions soient d'une *somme fixe* ou d'une *quotité*. En définitive et dans la réalité des faits, a-t-on dit justement, toute action n'est qu'une fraction aliquote du fonds social (1). Entre deux sociétés, l'une et l'autre au capital de 500 000 fr., que l'une émette 500 actions de 1 000 francs, et l'autre 500 parts d'un millième chacune, il n'y aura pas la moindre différence au fond. Pour l'une et pour l'autre, il y aura division du capital social en actions d'une valeur égale. Cela est sans difficulté dans la pratique.

Mais on s'est demandé si l'existence de la société anonyme est subordonnée à cette division du capital social, ou, en d'autres termes, si la disposition de l'art. 34 du Code de commerce est impérative et obligatoire comme celle de l'art. 29. Le point a même été discuté devant le Corps législatif, qui, cependant, n'a pas cru devoir y statuer par un vote. M. Vavasseur lui reproche amèrement *d'avoir ainsi éludé sciemment* l'une des questions les plus vitales (2). Le reproche, toutefois, n'est rien moins que juste; la vérité est que le Corps législatif n'avait pas à résoudre une question dont la solution était déjà acquise et résultait nettement des dispositions du Code de commerce auxquelles il était entendu que les sociétés anonymes resteraient soumises. Cela, d'ailleurs, a été exprimé dans la discussion. Il est évident, a-t-on dit, que le projet de loi, renvoyant à l'art. 34 du Code de commerce, décide, par cela même, *d'une manière nette et qui ne donne lieu à aucune équivoque,* que, dans une société anonyme, le titre du capitaliste devra être une action, c'est-à-dire un titre cessible et négociable, et jamais un intérêt, c'est-à-dire un titre non cessible et non négociable. Cela résulte des termes de la loi, des termes de l'art. 34 du Code de commerce, *et, sur ce point, il ne peut y avoir lieu ni à explication, ni à procès, ni à interprétation. Cela est clair comme la lumière du jour* (3). Cela est clair, en effet, et résulte avec évidence du texte de l'art. 34 rapproché de celui de l'art. 38 du Code de commerce. Dans ce dernier article, le législateur exprime que le capital des sociétés en commandite *pourra* être divisé en actions; et, dans l'art. 34, il dit que le capital des sociétés anonymes *se divise* en actions. Évidemment, ces deux termes si différents ne sauraient avoir la même signification, et il faut nécessairement induire des textes que la division du capital social en actions, facultative pour les sociétés en commandite, est *obligatoire* pour les sociétés anonymes. C'est ce que M. Troplong, résumant toutes les conditions de la société anonyme, précise en ces termes : « Point de raison sociale, capital divisé par actions. » (4)

Nous concluons donc, contre l'avis de quelques auteurs (5), que la

---

(1) Voy. M. Vavasseur (*Loi de 1867*, n° 5).
(2) *Id.* (*ibid.*, n° 318).
(3) Observations de M. Émile Ollivier (Tripier, t. II, p. 93 et 94).
(4) M. Troplong (*Soc.*, n° 447).
(5) Voy. MM. Vavasseur (*loc. cit.*), Rivière (*Loi de 1867*, n° 180), Alauzet (n° 519

disposition de l'art. 34 du Code de commerce est impérative dans sa double prescription : impérative quant à la division du capital, car la société étant propriétaire de tout ce qui compose le fonds social, il faut que chacun de ceux qui ont concouru à le former obtienne un titre représentant les sommes ou valeurs qui devront être prises pour base dans le règlement de ses droits; impérative quant à l'égalité des fractions, car, dit le bien regretté Valette, « s'il n'y avait pas égalité parfaite entre les parts dites actions, comment concevoir qu'elles pussent être cotées à la Bourse et servir de base à la répartition des bénéfices et au droit de vote dans les assemblées générales? » (1)

1586. Il résulte de ce qui précède que la cessibilité est le caractère *distinctif* de l'action, le caractère qui sépare l'action de la *part d'intérêt*. Les deux termes, en définitive, expriment, sans doute, une idée commune, le droit pour chaque associé de participer aux bénéfices de la société et, finalement, au partage du fonds social. Mais ils se distinguent juridiquement l'un de l'autre. Par elle-même, l'action, qui s'entend de la part d'un associé dans une société de capitaux, implique la faculté pour l'associé de transporter à un tiers non-seulement ses droits, mais sa qualité même d'associé, c'est-à-dire de sortir de la société en donnant sa place à un tiers qui lui sera complétement substitué. Au contraire, l'intérêt, qui s'entend de la part d'un associé dans une société de personnes, est de sa nature incessible, ou tout au moins il ne peut être cédé à une tierce personne que du consentement de tous les associés. Ceci a été établi dans nos explications sur l'art. 1861 du Code civil, auxquelles nous ne pouvons que nous référer (*suprà*, n° 599).

1587. Mais il convient d'ajouter que la cessibilité, outre qu'elle est le caractère distinctif de l'action, en est aussi la condition nécessaire. « Si l'action n'était pas cessible, a-t-on dit justement, elle cesserait d'être action; car qui dit action dit titre cessible. Dès que l'action est incessible, il n'y a plus d'action; il y a là un droit qu'on appelle *intérêt* ou *part;* mais il n'y aura pas action : sans cessibilité il n'y a pas d'action, dans le langage du Code de commerce. » (2)

Il suit de là qu'il ne pourrait pas être stipulé, dans les statuts d'une société anonyme, que les actions ne seront pas cessibles ou qu'elles ne pourront être cédées que du consentement de la société. L'opinion contraire, émise par quelques auteurs (3), a été produite aussi au Corps législatif par M. Rouher en ces termes : « Je maintiens que, dans une société anonyme, — à mes yeux du moins, car je reconnais que ces questions nous prennent à l'improviste, et que les travaux de jurisconsulte n'étant pas à l'état normal notre occupation de tous les jours,

---

et 531), Boistel (*Précis*, p. 208). — Mais voy. MM. Bravard (*Soc. comm.*, p. 192), Troplong (*loc. cit.*), Bédarride (*Loi de 1867*, nos 330 et suiv.), Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 1496).

(1) Voy. le journal *le Droit* (numéros des 31 mai et 1er juin 1869).

(2) M. Émile Ollivier, dans la discussion de l'art. 48 de la loi de 1867 (Tripier, t. II, p. 388).

(3) Voy. MM. Rivière, Vavasseur, Alauzet, Boistel (*loc. cit.*).

nous pouvons facilement commettre une erreur, — je maintiens, dis-je, qu'on peut parfaitement stipuler dans les statuts que les actions seront nominatives et incessibles; et il faut avouer que lorsqu'on reconnaît qu'elles ne seront cessibles que du consentement de la société, on est déjà bien sur la trace de l'incessibilité, puisque la volonté d'un tiers suffit pour rendre la cession impossible; mais je répète qu'en droit on peut déclarer les actions nominatives et cessibles. » (1) Toutefois, c'est là une affirmation pure et simple; elle ne tient pas devant l'essence même des choses. D'ailleurs, elle suppose gratuitement une concession qui, dans la thèse de la cessibilité nécessaire des actions, n'a pas été et ne pouvait pas être faite. Et comment, en effet, pourrait-on, en transportant l'art. 1861 du Code civil dans la matière des sociétés anonymes, admettre la possibilité de stipuler que les actions, en principe cessibles, pourront être cédées du consentement de la société? Il n'est pas impossible, sans doute, dirons-nous en nous référant à de précédentes explications sur ce point, que, tout en donnant à la part d'associé la qualification d'action, les parties stipulent que les actions ne seront cessibles que sous la même condition que les parts d'intérêt, c'est-à-dire avec l'assentiment de tous les associés. Mais alors la convention même imprimerait à la société le caractère tout personnel que la qualification d'action improprement donnée à la part d'associé ne suffirait pas à lui enlever. L'action prétendue serait un intérêt en réalité; et l'associé, soumis aux règles des sociétés par intérêt, pourrait bien, nonobstant la convention, céder son droit aux bénéfices ou associer un tiers à sa part dans les termes de l'art. 1861 du Code civil, mais il n'en retiendrait pas moins sa qualité d'associé, qu'en vertu de l'incessibilité à la fois conventionnelle et légale, dans le cas supposé, il ne pourrait ni abdiquer, ni partager, sans le consentement des autres associés (*suprà*, n° 599). C'est dire que les stipulations de l'espèce, soit qu'elles déclarent les actions incessibles, soit qu'elles en subordonnent la cessibilité à des conditions susceptibles d'entraver l'exercice du droit, auraient pour effet immédiat de transformer la convention, de lui enlever, par le fait même, sinon le caractère de société, au moins l'un des caractères propres à la société dont le capital, aux termes de l'art. 34, se divise en actions et même en coupons d'actions. C'est dire, en d'autres termes, que la cessibilité est la condition même, la condition nécessaire de l'action, et, dès lors, qu'il y a incompatibilité entre la société anonyme et la stipulation d'actions incessibles (2).

1588. Le législateur, au surplus, s'est spécialement attaché à faciliter les cessions : aux règles de droit commun établies pour le transport des créances et autres droits incorporels, et spécialement pour que la

(1) Discussion sur l'art. 21 de la loi de 1867 (Tripier, t. II, p. 111 et 112).

(2) Voy., en ce sens, M. Bédarride (*Loi de 1867*, n°s 333 à 336). C'est précisément, du reste, sur ce fondement de la cessibilité des actions que la jurisprudence déclare inapplicable aux sociétés anonymes la dissolution purement volontaire autorisée par la loi (C. civ., art. 1869) pour les sociétés dont la durée est illimitée. Voy., à cet égard, notre commentaire de l'art. 1869 du Code civil et les autorités citées (*suprà*, n° 743).

cession soit efficacement translative (C. civ., art. 1690), il a substitué ces modes les plus simples de transmission. S'agit-il d'actions nominatives dont la propriété peut être établie par une inscription sur les registres de la société, la cession, d'après l'art. 36 du Code de commerce, sera opérée par une déclaration de transfert inscrite sur les registres, et signée de celui qui fait le transport ou d'un fondé de pouvoir. S'agit-il d'actions au porteur, la cession s'opérera par un mode plus simple encore et plus rapide, la tradition du titre, aux termes de l'art. 35. Enfin, s'agit-il d'actions portant le nom du titulaire suivi de la mention *ou à son ordre,* la cession en pourra être opérée par endossement. A la vérité, la loi ne consacre par aucun texte ce dernier mode de transmission. Mais c'est un mode du droit commun qu'elle autorise virtuellement par cela même qu'elle ne l'a pas prohibé (*suprà,* n° 911).

1589. Ces modes de transmission restent praticables sous la loi actuelle, sauf une réserve en ce qui concerne les actions au porteur. L'art. 21 de la loi de 1867 renvoie à l'art. 36 du Code de commerce; par conséquent, il maintient expressément et sans restriction le mode de transmission autorisé par ce dernier article pour les actions nominatives. S'il ne renvoie pas aussi à l'art. 35, relatif aux actions qui peuvent être établies sous la forme d'un titre au porteur, c'est, sans doute, parce que les actions ne peuvent plus aujourd'hui *être établies* sous cette forme. Elles sont nécessairement nominatives pendant la période de formation de la société et même après que la société est constituée. Toutefois, elles peuvent *être converties* en titres au porteur après libération de moitié et sous certaines autres conditions de forme indiquées plus haut (n°s 915 et suiv.). Et comme l'art. 35 n'est pas compris au nombre des dispositions du Code de commerce dont l'art. 47 de la loi du 24 juillet 1867 prononce l'abrogation, il s'ensuit que la simple tradition du titre devient un mode de transmission dont les actionnaires peuvent faire usage dès que, les conditions requises étant remplies, les actions sont converties en titres au porteur.

IV. — 1590. Voilà les caractères généraux de la société anonyme tels qu'ils résultent des dispositions du Code de commerce, maintenues et confirmées par la loi du 24 juillet 1867, art. 21. Mais il convient de relever dans cette loi quelques dispositions spéciales qui peuvent être considérées comme rentrant dans le même ordre d'idées.

1591. Nous rappelons d'abord l'art. 23, d'après lequel la société anonyme ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à sept. Une société composée de moins de sept membres, représentant à peu près l'administration, peut aisément apparaître comme une société de personnes, comme une société en nom collectif, fondée sur les convenances personnelles de ceux qui l'ont établie. Or, il ne faut pas que les tiers n'aient en face d'eux qu'une société de capitaux et, pour toute garantie, les mises sociales, alors que, trompés par les apparences, ils auraient cru traiter avec une société de personnes indéfiniment et solidairement responsables. L'art. 23 statue en vue de prévenir de telles surprises. — Du reste, ce n'est pas seulement pour la

formation de la société que le nombre de sept associés au moins est nécessaire ; il faut que, même constituée, la société reste avec un personnel qui ne descende pas au-dessous de ce nombre. La formation de la société avec moins de sept associés serait une cause de nullité de la société, aux termes de l'art. 41 de la loi de 1867; la réduction du nombre des associés au-dessous de sept pendant le fonctionnement de la société constituée *pourrait* être une cause de dissolution, d'après l'art. 38. Tous ces points ont été précisés et expliqués dans le titre précédent, relatif à la constitution des sociétés (*suprà,* n[os] 1052 à 1061).

1592. Il faut aussi que la société anonyme, pendant qu'elle fonctionne, soit et se tienne constamment en mesure non-seulement de se rendre compte de sa situation, mais encore de fournir à tous actionnaires les moyens de s'éclairer, afin que, réunis en assemblée générale, ils y puissent statuer en connaissance de cause. Dans cette vue, le législateur exige, par l'art. 34, que toute société anonyme dresse, chaque semestre, un état sommaire de sa situation active et passive, et, en outre, que, comme tout commerçant, elle établisse, chaque année, conformément à l'art. 9 du Code de commerce, un inventaire contenant l'indication des valeurs mobilières et immobilières et de toutes les dettes actives et passives de la société. Et l'art. 35, complétant la pensée de la loi à ce point de vue, prescrit la communication de ce document aux intéressés dans un délai suffisant à en permettre l'examen. Toutefois, comme ces dispositions de la loi ont aussi pour objet de faciliter l'œuvre des agents préposés soit à administrer la société, soit à surveiller et contrôler la gestion, nous aurons à y revenir et à les reprendre en détail dans la section suivante.

1593. Enfin, une autre obligation, la dernière que nous ayons quant à présent à relever, est imposée à toute société anonyme; elle a trait à une mesure de prévoyance à laquelle les sociétés sagement et sérieusement constituées manquaient rarement de se soumettre volontairement avant qu'elle fût prescrite par la loi; nous voulons parler de la formation d'un fonds de réserve. La loi de 1867 a reproduit, en ce point, la disposition de celle du 23 mai 1863. « Le fonds de réserve, était-il dit dans l'exposé des motifs de cette dernière loi, établit une sage et prévoyante compensation entre les résultats de la bonne et de la mauvaise fortune; il emprunte au présent au profit de l'avenir; il est un motif de confiance pour les tiers, une ressource et un élément de crédit pour la société. » (1) Cependant, en 1867, on a combattu, au nom de la liberté des conventions, non point la mesure même, mais l'idée de l'imposer législativement. En elle-même, disait-on, la mesure est excellente, mais une disposition qui l'impose n'a de raison d'être que dans une véritable manie de réglementation s'obstinant à substituer la volonté de la loi à la prudence des individus. La commission du Corps législatif, s'emparant de l'aveu, a répondu : « Encourager la pré-

(1) Tripier (*Loi de 1863,* p. 33).

voyance et l'épargne, en faire un devoir légal ; amortir partiellement le capital, si des sinistres n'obligent pas la société à toucher à sa réserve ; constituer ainsi pour les tiers une garantie au moins relative en dehors du capital social : ce sont là de précieux avantages, on est forcé d'en convenir. Est-ce une nouveauté, d'ailleurs ? Non. C'est l'une des stipulations normales de l'ancienne société anonyme, et l'expérience en a enseigné la pratique aux autres, parce qu'elle était sage. Or, qu'est-ce que la loi, sinon la sanction donnée aux leçons de l'expérience ? Dira-t-on qu'il serait plus simple de s'en fier à la prudence des associés, en respectant leur initiative ? Mais en quoi la liberté peut-elle se plaindre d'être entravée là où ce que la loi prescrit, dans une matière qui touche à tant d'intérêts, est précisément ce que la sagesse individuelle conseillerait, si elle était bien inspirée ?... » (1) Et le Corps législatif, s'associant à ces idées, n'a pas hésité à voter l'art. 36, qui, calqué sur le texte même de la loi de 1863 (art. 19), dispose qu'il est fait annuellement, sur les bénéfices nets, un prélèvement d'un vingtième au moins, affecté à la formation d'un fonds de réserve, et que ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le fonds de réserve a atteint le dixième du capital social.

1594. Le prélèvement, aux termes de la loi, doit être effectué annuellement sur les *bénéfices nets,* par conséquent sur l'excédant d'actif, après déduction des frais généraux et des charges incombant chaque année à la société. A ce propos s'élève une question qui divise les auteurs, celle de savoir s'il y a lieu de comprendre au nombre de ces charges, et par conséquent de déduire des bénéfices, pour la formation du fonds de réserve, les sommes payées aux actionnaires à titre d'intérêt annuel de leur mise, en vertu ou en exécution d'une clause du pacte social. Ainsi, soit une société anonyme dont, par une clause formelle proclamée licite par la jurisprudence (*suprà,* n° 1456), les statuts autorisent ou prescrivent le payement aux actionnaires d'un intérêt annuel de 5 pour 100. La société, au capital d'un million, a réalisé, déduction faite des frais généraux, un bénéfice de 100 000 francs pour l'année 1877. Si le prélèvement de l'intérêt afférent au capital actions, lequel est de 50 000 francs, doit passer avant celui du vingtième affecté à la formation du fonds de réserve, il faudra prendre pour base du calcul de ce vingtième les 50 000 francs restants, et 2 500 francs devront ainsi être attribués au fonds de réserve pour l'année 1877. Au contraire, si c'est le prélèvement du vingtième qui doit être opéré le premier, la part revenant au fonds de réserve sera d'une somme double, soit 5 000 francs, la base du calcul étant, dans cette hypothèse, les 100 000 francs représentant le montant du bénéfice réalisé. Les auteurs, en majorité, adoptent la première solution, et c'est, à notre avis, la meilleure (2). Elle était donnée déjà par une Instruction ministérielle

(1) Tripier (t. I, p. 176 et 177).
(2) Voy. MM. Rivière (n° 244 *bis*), Mathieu et Bourguignat (n° 224), Vavasseur (n° 355), Bédarride (n° 446). — Mais voy. MM. Alauzet (n° 548), Boistel (*Précis,* p. 223), Alfred de Courcy (*Soc. anon.,* p. 151 et suiv.).

qui, dès l'année 1818, prescrivait la formation d'un fonds de réserve dans les sociétés anonymes, et faisait de cette mesure l'une des conditions de l'autorisation à laquelle ces sociétés étaient alors soumises. « Cette réserve, portait l'Instruction, *ne préjudicie en rien au payement des intérêts ordinaires...* Comme, par supposition, il s'agit de compagnies au-dessus de leurs affaires, les précautions se rapportent à la garantie due au public pour l'avenir, et non à aucun péril pour les créanciers actuels. *Dans cette situation, la défense de distribuer des bénéfices ne doit pas empêcher les actionnaires de retirer l'intérêt de leur mise.* » (1) Or, il n'est pas douteux que les rédacteurs de la loi de 1867 n'ont pas entendu donner à l'art. 36 une portée différente, puisque, nous l'avons vu tout à l'heure, pour le défendre contre les attaques dont il a été l'objet, ils l'ont rattaché au passé et l'ont présenté comme la sanction législative *de l'une des stipulations normales de l'ancienne société anonyme.* Mais, en outre, on peut exciper ici des précédents de la jurisprudence sur la *clause d'intérêts.* D'après cette jurisprudence, les sommes payées à titre d'intérêts, même *en l'absence de bénéfices,* sont définitivement acquises aux actionnaires qui les ont reçues, quels que soient les événements ultérieurs (*suprà,* nos 1456 et 1490); en sorte qu'il est vrai de dire que l'intérêt stipulé peut être prélevé sur le capital social. Or, cela étant, comment le prélèvement de l'intérêt ne primerait-il pas le prélèvement afférent au fonds de réserve, qui est, en définitive, une partie intégrante du capital social?

Toutefois, notons-le bien, nous avons constamment supposé un prélèvement d'intérêts fait en exécution d'une clause formelle des statuts, c'est-à-dire l'acquittement d'une charge librement acceptée par la société comme condition de l'apport fait par les actionnaires. Il en serait autrement si les statuts étaient muets, ou même s'il y était stipulé que les intérêts seraient payés sur les bénéfices (*suprà,* n° 1490). C'est alors au prélèvement dont l'art. 36 fait une charge imposée aux associés en vue de la formation du fonds de réserve que devrait être donné le premier pas. Il serait juste et naturel que ces derniers ne retirassent pas le profit avant d'avoir satisfait à la charge (2).

1595. La disposition de l'art. 36 est impérative quant au fait du prélèvement prescrit. Le pacte social fût-il absolument muet relativement au fonds de réserve, le prélèvement n'en serait pas moins obligatoire dans toute société anonyme. Sous ce rapport, la société anonyme diffère de la commandite par actions. Dans celle-ci, l'établissement d'un fonds de réserve serait aussi une mesure de prévoyance qu'elle devrait toujours prendre dans son intérêt propre et dans l'intérêt de son crédit; mais la loi ne l'y oblige par aucune de ses dispositions, en sorte que la mesure est toute facultative pour elle. Au contraire, elle est toujours obligatoire pour les sociétés anonymes tant que le fonds de réserve n'a pas atteint le dixième du capital social.

---

(1) Voy. l'Instruction du 11 juill. 1818 (Dall., *Rép.*, v° Sociétés, n° 1459, en note).
(2) Voy., en ce sens, M. Bédarride (*loc. cit.*).

1596. C'est dire que tout n'est pas impératif et nécessairement obligatoire dans la disposition de cet article. D'une part, la formule du deuxième paragraphe est très-précise à cet égard : le prélèvement, y est-il dit, *cesse d'être obligatoire* lorsque le fonds de réserve a atteint le dixième du capital social. Donc, s'il convient aux associés d'alimenter encore le fonds de réserve, même après qu'il a atteint la proportion indiquée, le prélèvement qu'ils opéreraient à cet effet serait facultatif et purement volontaire, en sorte que rien ne les obligerait à y pourvoir chaque année. D'une autre part, l'art. 36 fixe à un vingtième *au moins* l'importance du prélèvement annuel. C'est donc un *minimum* qui s'impose, une proportion au-dessous de laquelle la société ne peut pas descendre tant que son fonds de réserve est inférieur au dixième du capital social. Mais elle est libre assurément de le dépasser, et s'il convenait aux associés de stipuler que le quinzième, le dixième ou le cinquième des bénéfices nets serait annuellement affecté à la formation du fonds de réserve, la disposition de la loi n'y ferait nullement obstacle. Seulement, la proportion par elle indiquée, soit quant au prélèvement annuel, soit quant à la fraction du capital à réserver, s'imposerait à la société, s'il y avait omission, dans le pacte social, de toute stipulation relativement au fonds de réserve.

1597. Du reste, même dans ce cas d'omission dans les statuts, l'inobservation de l'art. 36 n'entraînerait pas la nullité de la société. C'est une sanction que la loi n'édicte pas, et qui ne saurait, dès lors, être prononcée. Tel paraît être l'avis de M. Vavasseur. Mais il ajoute que les tribunaux pourraient ordonner que l'omission fût réparée au moyen de prélèvements à opérer sur les bénéfices futurs, assez élevés pour faire atteindre au fonds de réserve le dixième du capital, *minimum* fixé par l'art. 36 (1). Cela même, à notre avis, n'est pas admissible. La décision, on l'a dit justement, violerait doublement la loi : d'une part, en ce qu'elle grèverait l'avenir au delà de ce que la loi exige, ce qui ne peut résulter que de la volonté des parties; d'une autre part, en ce qu'elle donnerait à penser que les prescriptions de l'art. 36 ont besoin, pour être observées, d'être consacrées par les statuts (2). Sans anticiper sur nos observations touchant les sanctions soit civiles, soit pénales, des prescriptions de la loi relatives au fonctionnement des sociétés (voy. la section suivante, § 4), disons que la seule sanction possible, pour le cas supposé, serait dans la responsabilité des administrateurs et dans celle des commissaires.

SECTION II

DU FONCTIONNEMENT DES SOCIÉTÉS ANONYMES.

1598. Organes nécessaires au fonctionnement de la société anonyme. Division.

1598. La société anonyme, de même que la commandite par actions, fonctionne par des organes divers, ayant chacun son utilité particulière,

(1) Voy. M. Vavasseur (*Loi de 1867*, n° 354).
(2) Voy. M. Bédarride (n° 443). Voy. aussi M. Lombard (p. 143).

sa destination spéciale. Il y a d'abord les administrateurs ou le conseil d'administration, auxquels est confiée la partie active, et qui ainsi sont chargés de la gestion des affaires sociales; il y a ensuite les commissaires, dont la fonction est de surveiller les actes des administrateurs, et, par là, de régler et contrôler la marche de la société; enfin, il y a les assemblées générales, c'est-à-dire un pouvoir souverain, dont le rôle principal est d'intervenir pour la sauvegarde des intérêts sociaux, et, en certains cas, de pourvoir à des actes dépassant les pouvoirs des administrateurs. La présente section comprendra quatre paragraphes, qui auront successivement pour objet : 1° l'administration ou les administrateurs, 2° la surveillance ou les commissaires, 3° les assemblées générales des actionnaires, 4° enfin, les sanctions, soit civiles, soit pénales, des prescriptions de la loi relatives à l'administration et à la surveillance dans la société anonyme.

§ Ier. — DE L'ADMINISTRATION OU DES ADMINISTRATEURS.

SOMMAIRE.

I. 1599. Le droit d'administrer et de gérer, en matière de société anonyme, appartient à tous les associés; une délégation est, dès lors, nécessaire. — 1600. Ce droit doit être délégué à un ou plusieurs mandataires (*Loi de 1867*, art. 22), qu'on nomme administrateurs. — 1601. Le mécanisme intérieur de l'administration varie suivant l'objet et l'importance de la société.

II. 1602. C'est à l'assemblée générale des actionnaires qu'il appartient, en principe, de nommer les administrateurs (art. 25). — 1603. Toutefois, par exception, les premiers administrateurs peuvent, sous certaines conditions, être désignés par les statuts : renvoi. — 1604. Par exception encore, en cas de démission ou de décès d'un ou plusieurs des administrateurs, il peut être pourvu provisoirement au remplacement par les administrateurs restant en exercice. — 1605. Autres exceptions en ce qui concerne certaines grandes compagnies : Banque de France, Crédit foncier, Comptoir d'escompte.

III 1606. Les administrateurs sont nommés à temps; mais ils sont rééligibles : renvoi. — 1607. Ils sont essentiellement révocables, *ad nutum*, par la société; — 1608. Même quand ils auraient été désignés par les statuts : conséquences. — 1609. La loi du 24 juillet 1867, qui a maintenu ou reproduit en ce point la disposition de l'art. 31 du Code de commerce, donne à cette disposition le caractère d'une règle d'ordre public. — 1610. Par suite, serait nulle et non avenue toute clause des statuts qui enlèverait à la société le droit de révoquer les administrateurs ou qui impliquerait renonciation à ce droit de la part de la société. — 1611. De leur côté, les administrateurs peuvent se démettre de leurs fonctions. — 1612. Leur mandat peut être salarié ou gratuit : conséquences.

IV. 1613. La qualité d'associé est une condition nécessaire d'éligibilité aux fonctions d'administrateur; abrogation par la loi nouvelle de l'art. 31 du Code de commerce, d'après lequel l'administration pouvait être conférée à des mandataires même non associés. — 1614. Toutefois, cette exigence est tempérée par une disposition dont l'introduction dans l'art. 22 est due à l'initiative de la commission du Corps législatif. — 1615. Aux termes du paragraphe 2 de cet article, les administrateurs peuvent d'abord choisir un directeur parmi eux; — 1616. Et, en outre, ils peuvent se substituer un mandataire étranger à la société : ce mandataire, qu'il ne faut pas confondre avec les agents employés par le conseil à la gestion des affaires sociales, s'entend de celui que les administrateurs mettraient en leur lieu et place, avec pouvoir de faire tout ce qu'ils pourraient faire eux-mêmes pour l'exécution de leur mandat. — 1617. Aussi cette faculté de substituer ne peut-elle être exercée, par dérogation à l'art. 1994 du Code civil, qu'à la condition : 1° que les statuts auront permis la substitution, — 1618. 2° Et que les administrateurs resteront responsables d'une manière absolue du mandataire substitué. — 1619. *Quid* dans le cas où le mandataire substitué serait membre de la société?

V. 1620. Ce n'est pas tout que les administrateurs soient associés; ils doivent être propriétaires d'un certain nombre d'actions, lesquelles sont affectées à a ga-

rantie de leur gestion : c'est une obligation reproduite de la loi de 1863, mais avec de notables modifications. — 1621. D'une part, c'est par les statuts qu'est déterminé aujourd'hui le nombre d'actions dont les administrateurs doivent être propriétaires. — 1622. D'une autre part, la loi de 1867 substitue à l'égalité de parts, exigée par celle de 1863, l'affectation de la totalité des actions à la garantie de tous les actes de la gestion, même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs. — 1623. Toutefois, ce n'est pas d'une solidarité personnelle entre les administrateurs qu'il est question en ce dernier point. — 1624. Ces actions, étant affectées à la garantie de la gestion, sont inaliénables; mesures prescrites par la loi pour en assurer l'inaliénabilité. — 1625. Sont-elles insaisissables? — 1626. Sanction des dispositions de la loi relativement à l'obligation de fournir les actions de garantie. — 1627. A quelle condition le retrait de ces actions peut-il être effectué?

VI. 1628. Les pouvoirs des administrateurs sont habituellement déterminés par les statuts de la société. — 1629, 1630. Applications. — 1631. *Quid* si les statuts sont muets à cet égard? Les pouvoirs des administrateurs s'étendent à tous les actes d'administration. — 1632. *Quid* en ce qui concerne les actions judiciaires?

VII. 1633. Les devoirs des administrateurs sont, en général, ceux qui s'imposent à tous mandataires. — 1634. Ils ont, en outre, à remplir certains devoirs spéciaux que leur impose la loi de 1867 : renvoi. — 1635. Il leur est interdit de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte (art. 40). — 1636. Sous la loi de 1863, la prohibition s'appliquait à une *opération quelconque* faite avec la société : motifs qui ont déterminé le législateur à limiter la prohibition. — 1637. Elle ne porte aujourd'hui que sur les entreprises ou les marchés : ce qu'il faut entendre par ces expressions. — 1638. L'interdiction ne s'appliquerait pas, sauf le cas de fraude, à une adjudication de travaux ou de fournitures faite avec publicité et concurrence. — 1639. En toute hypothèse, d'ailleurs, les administrateurs peuvent demander à l'assemblée générale des actionnaires une autorisation qui lèverait l'interdiction. — 1640. L'autorisation pourrait même intervenir utilement après la convention. — 1641. Il doit être rendu un compte spécial, chaque année, à l'assemblée générale, de l'exécution des marchés ou entreprises par elle autorisés. — 1642. Sanction de l'art. 40.

I. — 1599. La société anonyme étant une réunion de capitaux, un composé d'éléments irresponsables, l'administration ne peut en appartenir à un actionnaire plutôt qu'à un autre : ils sont tous au même titre dans la société et ont un droit égal. Dans les sociétés en commandite, où il y a un élément personnel, indéfiniment responsable, c'est à ceux qui le représentent qu'il devait appartenir de gérer, d'administrer, de diriger les affaires sociales, et nous avons vu que l'administration est, en effet, confiée aux commandités à l'exclusion des commanditaires. Mais dans la société anonyme, où cet élément personnel fait absolument défaut, la convention établissant une association de capitaux exclusivement, on ne concevrait pas qu'un associé plutôt qu'un autre pût revendiquer le droit d'agir au nom de tous et de diriger les affaires communes. C'est là un droit qui, en principe, appartient à tous. Et comme il n'est pas possible qu'il soit exercé par la masse des actionnaires, il s'ensuit qu'il doit être délégué.

1600. Et, en effet, aux termes de la loi, c'est *par des mandataires* que la société anonyme est administrée. L'art. 31 du Code de commerce le disait précisément en ces termes; et, dans une rédaction plus explicite et plus explicative, l'art. 22 de la loi du 24 juillet 1867, substituée aujourd'hui au texte du Code de commerce, dit que « les sociétés anonymes sont administrées *par un ou plusieurs mandataires...* » On pouvait induire du texte primitif qu'en toute hypothèse, et spécia-

lement dans le cas où la société anonyme était composée de huit ou neuf actionnaires, même de sept, nombre *minimum*, l'administration ne devait pas être confiée à *un seul* mandataire. L'induction eût été fausse, sans doute; mais il a paru utile de modifier le texte qui la rendait possible. C'est ce qu'a fait le législateur de 1867, qui, d'ailleurs, en ce point, a reproduit littéralement la disposition de la loi du 23 mai 1863 (art. 1er, § 4).

1601. Quant au mécanisme intérieur de l'administration, on comprend qu'il peut, qu'il doit même varier suivant l'objet de la société et les nécessités qu'impose la conduite des affaires sociales. S'agit-il d'une société anonyme formée entre un très-petit nombre d'actionnaires, le mécanisme sera nécessairement fort simple, et un seul administrateur suffira probablement aux besoins de l'association. S'agit-il d'une grande affaire industrielle ou financière, l'administration sera nécessairement plus compliquée; elle sera confiée à plusieurs administrateurs, qui se réuniront à des intervalles déterminés et plus ou moins rapprochés, qui rendront compte en conseil de leurs agissements respectifs, qui délibéreront ensemble dans leurs réunions périodiques, qui institueront, s'ils le jugent à propos, un comité d'exécution ou des chefs d'exploitation, avec mission d'instruire les affaires et, finalement, d'exécuter les décisions qu'ils auront prises en commun. Tout cela, du reste, est habituellement réglé par les statuts de la société, qui généralement fixent le mode d'administration, indiquent le nombre d'administrateurs dont le conseil devra être composé, précisent la mission et les attributions de chacun, etc. Nous reviendrons sur ces points dans les explications qui vont suivre, et dans lesquelles nous aurons à nous occuper de la nomination des administrateurs, du caractère de leur mission, des conditions d'éligibilité, des sûretés à fournir pour garantie de la gestion, des droits et des devoirs des administrateurs.

II. — 1602. L'administration appartenant à la masse des actionnaires dans la société anonyme, c'est naturellement à tous les actionnaires réunis en assemblée générale que revenait, en principe, le droit d'en faire la délégation. En effet, aux termes de l'art. 25, déjà expliqué (*suprà*, nos 1061 et suiv.), l'assemblée générale, convoquée à la diligence des fondateurs, immédiatement après la constitution de la société, nomme les premiers administrateurs. Le droit des actionnaires est par là consacré, et, bien entendu, il subsiste entier pendant toute la durée de la société, en sorte que c'est à l'assemblée générale qu'il faut recourir encore lorsqu'il y a lieu soit de nommer de nouveaux administrateurs, soit de maintenir leurs pouvoirs à ceux qui sont déjà nommés.

Ce n'est pas tout : il se peut faire, et cela se voit fréquemment, qu'un directeur soit adjoint aux administrateurs par les statuts de la société. Il ne s'agit plus ici de ces agents spéciaux, de ces chefs d'exploitation dont nous parlions tout à l'heure, et dont il a été longuement parlé dans la discussion, d'ailleurs si confuse en ce point, de la loi de 1867. Ce sont là des agents de l'administration, qui, par cela même, sont et

doivent toujours rester à la nomination du conseil, dont ils ont pour mission d'exécuter les décisions ou les ordres. Le directeur que nous avons en vue est celui qui, pris en dehors des membres du conseil chargés d'administrer, est placé par les statuts à côté de ces derniers pour gérer la société. Or, par la nature de ses attributions, qui s'étendent à l'ensemble des opérations sociales, ce directeur participe à l'administration; il est un administrateur véritable à un titre au moins égal, sinon supérieur, à celui de chacun des membres du conseil. Il est donc rigoureusement nécessaire que, comme eux, il soit nommé par les actionnaires eux-mêmes, réunis en assemblée générale, c'est-à-dire par la société, dont il est aussi le mandataire direct (1).

1603. Le principe que le pouvoir de nommer les administrateurs appartient aux actionnaires comporte, cependant, certaines restrictions. La loi, dans le texte même où le principe est posé, consacre une exception dont il a été question plus haut et qu'il nous suffira de rappeler ici. Les premiers administrateurs, aux termes de l'art. 25, § 3, « peuvent être désignés *par les statuts,* avec stipulation formelle que leur nomination ne sera pas soumise à l'approbation de l'assemblée générale. » Nous avons indiqué déjà la raison d'être de cette exception et les conditions qui lui sont propres (*suprà,* n[os] 1063 et suiv.). Passons donc à une autre, qui, bien que moins profonde, constitue cependant une sorte d'empiétement sur les droits de l'assemblée générale.

1604. Il peut arriver, au cours des opérations sociales, que, par une cause quelconque, des vacances viennent à se produire dans le conseil d'administration, par exemple par le décès ou la démission de l'un ou de plusieurs des administrateurs nommés. L'éventualité est habituellement prévue dans les statuts, et il est généralement stipulé qu'en ce cas les administrateurs restant en exercice auront le droit de compléter le conseil, sauf à l'assemblée générale, lors de sa première réunion, à ratifier leur choix ou à procéder à l'élection définitive. Bien que ce mode de procéder ne se trouve indiqué dans aucune disposition de notre loi (2), la clause qui l'autorise est incontestablement licite et valable. Son utilité est d'une évidence palpable, puisqu'elle permet de pourvoir sans retard aux besoins du service; et la légalité en peut d'autant moins être mise en doute, qu'après tout elle laisse complétement réservé le droit souverain de l'assemblée générale, le choix émané des membres du conseil étant purement provisoire. — Faut-il aller plus loin, et pourrait-on dire que la clause serait légale et valable même si elle conférait aux administrateurs en exercice le pouvoir de procéder au remplace-

(1) C'est l'avis de M. Alfred de Courcy, qui trouverait bon, toutefois, que le directeur ne fût nommé par l'assemblée que sur la présentation du conseil d'administration (*Soc anon.*, p. 55 et suiv.).

(2) En Belgique, au contraire, le législateur, consacrant l'usage, a cru devoir autoriser ce mode de procéder par une disposition expresse de la loi du 18 mai 1873. « En cas de vacance d'une place d'administrateur, et sauf disposition contraire dans les statuts, porte l'art. 45, § 4, les administrateurs restants et les commissaires réunis ont le droit d'y pourvoir provisoirement. Dans ce cas, l'assemblée générale, lors de la première réunion, procède à l'élection définitive. »

ment définitif de collègues décédés, démissionnaires ou autrement empêchés (1)? Nous hésiterions à l'admettre. Dans ces termes, la clause enlèverait absolument à la masse des actionnaires un droit qui lui appartient en principe, qui n'appartient qu'à elle, et dont elle ne saurait être dépouillée que par une disposition précise de la loi. Nous sommes donc porté à croire que le choix fait par les administrateurs en exécution d'une clause ainsi formulée ne lierait pas les actionnaires, et que, réunis en assemblée générale, ceux-ci pourraient, sur la demande de l'un d'eux, modifier l'élection prétendue définitive à laquelle les administrateurs survivants dans le conseil auraient procédé.

1605. Citons, enfin, d'autres restrictions spéciales propres à quelques grandes sociétés, par exemple le Crédit foncier, la Banque de France, qui, en raison de leur mission même, ont le caractère d'institutions financières. En ce qui concerne ces sociétés, qui d'ailleurs ont, comme toutes les autres, leurs administrateurs et leurs assemblées générales d'actionnaires, l'État, qu'elles intéressent, a réservé son intervention. Ainsi, la direction de leurs affaires est exercée par un gouverneur, qui nomme et révoque les agents, préside le conseil d'administration et l'assemblée générale des actionnaires, et par deux sous-gouverneurs, qui exercent les fonctions à eux déléguées par le gouverneur. Or, c'est le chef de l'État qui nomme le gouverneur et les deux sous-gouverneurs (Loi du 22 avr. 1806, art. 10, 11 et 12; et Décr. du 6 juill. 1854, art. 1, 2 et 3). On trouve, dans le décret du 8 mars 1845 (art. 6), des dispositions analogues relativement au Comptoir d'escompte.

III. — 1606. Les administrateurs, soit qu'on les prenne dans leurs rapports avec les actionnaires, soit qu'on les place vis-à-vis des tiers, sont mandataires de la société. De là une première conséquence : leur mandat est essentiellement temporaire. Déjà, dans l'art. 31 du Code de commerce, les administrateurs étaient qualifiés mandataires *à temps*; la loi du 24 juillet 1867 a fait plus ; elle a fixé la durée du mandat : aux termes de l'art. 25, reproduit en cela de l'art. 6, § 2, de la loi de 1863, les administrateurs institués par l'assemblée générale ne peuvent être nommés pour plus de six ans (*suprà,* n° 1064). Le terme n'est pas obligatoire, sans doute, en ce sens qu'une durée moindre pourrait être stipulée par les statuts; mais il constitue un *maximum,* et, par conséquent, il ne saurait en aucune hypothèse être dépassé. Ainsi, après une période de six ans, le mandat des administrateurs prend fin, quand même un plus long exercice des fonctions serait permis ou stipulé par les statuts; et pour que le mandat pût être conservé, il faudrait qu'il fût renouvelé par l'assemblée générale.

Ici peut se poser la question de savoir si cette condition de temps serait la règle applicable aux pouvoirs des divers agents dont nous avons parlé tout à l'heure, spécialement du directeur adjoint au conseil d'administration par l'assemblée générale (*suprà,* n° 1601), et des admi-

---

(1) Voy., dans le sens de l'affirmative, M. Bédarride (*Loi de 1867,* n° 373).

nistrateurs nommés provisoirement par le conseil d'administration en remplacement de collègues démissionnaires ou décédés (n° 1604). Il faut distinguer.

Quant au directeur, l'affirmative nous paraît certaine. Nous parlons, bien entendu, non de celui qui, simplement chef d'exploitation, est un agent du conseil d'administration qui le nomme, mais du directeur, dont les attributions s'étendent à l'ensemble des opérations sociales. Celui-là, répétons-le, participe à l'administration; il en est l'un des éléments statutaires; en sorte que, mandataire direct de la société, il n'a pu recevoir qu'un mandat temporaire limité dans le même terme que celui des administrateurs dont il partage les fonctions (*infrà*, n° 1609).

Autrement en doit-il être des administrateurs provisoirement nommés par le conseil en exécution de la clause du pacte social qui l'autorise à se compléter. Dans une telle situation, on suppose naturellement que la nomination est faite par le conseil et ratifiée par l'assemblée générale dans la pensée que les administrateurs élus auront seulement à accomplir la mission assignée à ceux dont ils ont pris la place. Ainsi, un conseil d'administration composé de neuf membres a été nommé en janvier 1875 pour une période qui, fixée à la plus longue durée permise, doit prendre fin en janvier 1881. En 1877, deux des administrateurs nommés se sont retirés et ont été immédiatement remplacés par les membres du conseil restant en exercice : les nouveaux administrateurs continueront le mandat de ceux qu'ils remplacent, et leurs pouvoirs cesseront en 1881 avec ceux des anciens administrateurs, bien que, quant à eux, ils n'aient eu qu'une durée de quatre ans (1).

Mais, en toute hypothèse, le mandat expiré pourra être renouvelé. En effet, les administrateurs, s'ils ne peuvent être nommés qu'à temps, sont indéfiniment rééligibles. Le législateur, tout en déclarant que le mandat serait temporaire, a senti la nécessité de laisser aux actionnaires la faculté de maintenir dans leurs fonctions des hommes qu'ils ont vus à l'œuvre et dont ils ont apprécié le mérite et les qualités. Les administrateurs arrivés au terme de leur mandat pourront donc être réélus, à moins, cependant, que la réélection ne soit interdite par les statuts de la société; car, aux termes de l'art. 25, ils ne sont rééligibles que *sauf stipulation contraire*. Toutefois, nous l'avons dit déjà, rien n'est plus rare qu'une clause pure de non rééligibilité dans les statuts des sociétés anonymes (*suprà*, n° 1065). Les fondateurs n'ont garde d'y insérer une stipulation qui, en imposant la nécessité de renouveler, à chaque période électorale, tout le personnel administratif, aurait pour conséquence de rompre l'homogénéité dans la direction des affaires sociales. Ils trouvent mieux, au contraire, pour maintenir autant que possible l'esprit de suite si nécessaire pour le succès des entreprises

(1) C'est la solution de la loi belge du 18 mai 1873, laquelle, après avoir consacré législativement, comme nous l'avons dit, le droit pour le conseil d'administration de se compléter en cas de vacance, dispose expressément, par l'art. 46, « qu'en cas de vacance avant l'expiration du terme d'un mandat, l'administrateur nommé achève le terme de celui qu'il remplace. »

commerciales, d'assurer à l'administration une marche constante, en stipulant que le conseil ne sera renouvelé que partiellement ou par fractions chaque année. Et c'est, en effet, la clause qui apparaît habituellement dans les statuts, lorsque la société ne croit pas devoir laisser entière la règle de la rééligibilité.

1607. Une autre conséquence du caractère de la mission des administrateurs, c'est la révocabilité de leurs pouvoirs. Et, en effet, le législateur ne se borne pas à qualifier les administrateurs mandataires à temps, ce qui aurait pu suffire; il les a de plus déclarés *révocables,* et les a ainsi placés, par des dispositions expresses, sous le coup de l'article 2004 du Code civil. La société, dont ils sont les mandataires, peut donc, selon l'expression de ce dernier article, révoquer le mandat *quand bon lui semble*. MM. Mathieu et Bourguignat sont cependant d'un avis différent. Suivant ces auteurs, le mandat des administrateurs est révocable en ce sens qu'il n'est pas indéfini; mais il n'est pas révocable *ad nutum*. Il ne saurait leur être enlevé sans cause légitime, c'est-à-dire sans que ceux-ci aient manqué aux devoirs qui leur sont imposés par la loi ou par les statuts; et, dans ce cas même, s'ils résistaient à la révocation prononcée contre eux par l'assemblée générale, il n'appartiendrait qu'aux tribunaux de leur enlever leur mandat (1). Mais c'est là une opinion isolée. Le mandat est essentiellement un acte de confiance que le mandant doit pouvoir révoquer quand bon lui semble, sans qu'il ait aucune raison à donner au mandataire qui a perdu sa confiance. Le mandataire révoqué n'a donc pas à résister; et il ne se comprendrait pas qu'il pût recourir aux tribunaux pour imposer son office au mandant qui l'a répudié. Ainsi a dit la Cour de Douai, qui, statuant précisément à l'occasion de la révocation par l'assemblée générale d'un administrateur chargé de gérer la société, décide que lorsque les statuts d'une société anonyme disposent que le gérant pourra être révoqué, pour *certaines* causes déterminées, par l'assemblée générale des actionnaires, le gérant qui vient à être ainsi révoqué n'a pas d'action en justice pour faire réformer cette mesure comme fondée sur des griefs erronés, la décision de l'assemblée générale des actionnaires à cet égard étant souveraine (2).

1608. Sans aller aussi loin que les auteurs précités, d'autres, tout en admettant en principe la révocabilité *ad nutum* des administrateurs, enseignent qu'en ce qui concerne les administrateurs désignés par les statuts, le mandat cesse d'être révocable *ad nutum,* les fondateurs ayant manifesté la volonté de conserver l'administration pendant le temps fixé, et les actionnaires ayant ratifié cette prétention en souscrivant (3). C'est l'application aux sociétés anonymes de la distinction établie, pour les sociétés civiles, par l'art. 1856 du Code civil, d'après lequel, lorsqu'il s'agit d'un mandat conféré à l'un des associés par l'acte

(1) MM. Mathieu et Bourguignat (n° 172).
(2) Douai, 14 déc. 1858 (S.-V., 59, 2, 678; *J. Pal.*, 1860, p. 649).
(3) M. Lombard (*op. cit.*, p. 135).

même de société, ce mandat, sauf les causes légitimes de révocation, participe de l'irrévocabilité du contrat, dont il est l'une des conditions. Toutefois, la presque unanimité des auteurs (1) est contraire à cette solution, qui, en effet, n'est pas plus exacte que la précédente. Sans doute, l'art. 1856 du Code civil ne doit pas être rigoureusement renfermé dans la matière des sociétés civiles en vue desquelles il a été écrit; et nous avons admis que le bénéfice en peut être accordé au gérant statutaire de certaines sociétés commerciales, spécialement de la société collective (*suprà,* n° 1347) et de la société en commandite (*suprà,* n° 1436), associations de personnes auxquelles ne répugne en aucune manière la pensée même sur laquelle repose la distinction de l'art. 1856 (voy. *loc. cit.*). Mais il en est autrement en ce qui concerne les sociétés anonymes, associations de capitaux, dans lesquelles le droit d'administrer n'appartenant pas à un associé plutôt qu'à un autre, ceux qui l'exercent, de quelque manière qu'ils aient été appelés à l'exercer, ne sont et ne peuvent être que les mandataires des autres. Or, c'est de ces mandataires, qualifiés tels par la loi, qu'il est dit par elle d'une manière générale qu'*ils sont révocables*. Loin donc d'admettre à leur égard la distinction de l'art. 1856 du Code civil, la loi la repousse d'une manière formelle par la généralité de ses termes. Et c'est ce que la Cour de cassation a décidé, à notre rapport, relativement à une société anonyme constituée avant la loi de 1867, et, par conséquent, régie par le Code de commerce. « Attendu, a-t-elle dit, que l'art. 31 du Code de commerce qualifie mandataires à temps les administrateurs des sociétés anonymes et les déclare révocables sans distinction ni réserve; qu'il suit de là que l'administration des sociétés anonymes ne comporte pas la distinction établie pour les sociétés civiles par l'art. 1856 du Code civil, et, par suite, que les administrateurs nommés par les statuts sociaux restent sous la règle commune de la révocabilité au même titre que ceux qui seraient élus au cours de la société par l'assemblée générale des actionnaires. » (2) Et la Cour ajoute, contrairement à l'avis de quelques auteurs qui, admettant le principe, nient les conséquences (3), que l'administrateur révoqué n'aurait droit à aucuns dommages-intérêts à titre de réparation, attendu « qu'en révoquant le mandat conféré par les statuts sans attendre l'expiration du terme qui lui avait été assigné, les associés réunis en assemblée générale *n'ont fait qu'user du droit inhérent à la nature du contrat* intervenu entre eux et le mandataire. »

1609. A plus forte raison en doit-il être ainsi aujourd'hui. La loi de 1867, art. 22, ne s'est pas bornée à dire que les administrateurs de la société anonyme sont des mandataires *à temps révocables;* faisant un pas de plus, elle a déclaré en outre, art. 41, que l'inobservation des

(1) Voy. MM. Pardessus (n° 1041), Delangle (t. II, n°s 426 et suiv.), Molinier (n°s 448 et suiv.), Malepeyre et Jourdain (p. 230), Alauzet (n°s 333 et 535), Vavasseur (n° 334), Rivière (n°s 186 et suiv.), Bédarride (n° 342), Boistel (*Préc.*, p. 211), de Courcy (p. 62 et suiv.), Lescœur (n° 332).
(2) Rej., 28 juill. 1869 (S.-V., 69, 1, 57; *J. Pal.*, 1869, p. 126; Dall., 68, 1, 441).
(3) Voy. MM. Boistel (*loc. cit.*), de Courcy (p. 65).

dispositions de l'art. 22 entraînerait la nullité de la société à l'égard des intéressés. Ainsi, non-seulement le législateur de 1867 a reproduit, en ce point, la disposition du Code de commerce, mais encore il a donné à cette disposition une sanction qui lui avait manqué jusque-là. Aussi, la Cour de Toulouse ayant décidé que, sous l'empire de la loi nouvelle, l'assemblée générale des actionnaires ne peut révoquer arbitrairement le directeur général quand les statuts sociaux portent que celui-ci pourra être révoqué seulement pour faute grave (1), la Cour suprême, condamnant cette doctrine, a-t-elle maintenu rigoureusement le principe de la révocabilité *ad nutum* qu'elle avait consacré par son premier arrêt (2). Mais il faut relever que, cette fois, la révocation avait été prononcée par l'assemblée générale des actionnaires contre le directeur général qui, aux termes des statuts, devait gérer la société, et l'on soutenait devant la Cour que ce directeur était un agent d'exécution, et non un administrateur auquel pussent être appliquées les prescriptions de l'art. 22 de la loi du 24 juillet 1867. La Cour n'a vu là qu'une équivoque. Et, s'attachant au mode et aux conditions de nomination du directeur général, au caractère de ses attributions qui s'étendaient à l'ensemble des opérations sociales, elle a dit que, placé à côté du conseil, et participant avec lui à l'administration, il était comme lui le mandataire direct de la société, et se trouvait, par conséquent, soumis à la condition de révocabilité imposée par l'art. 22 précité. Et, en cela, la Cour a confirmé nos précédentes appréciations, à savoir que, dans les circonstances données, le directeur général est un administrateur véritable (*suprà*, nos 1602 et 1606).

1610. L'arrêt est à remarquer sous un autre rapport : il statue directement sur la question de savoir si l'on pourrait déroger aux dispositions de la loi et conférer l'administration de la société anonyme à des mandataires qui ne seraient pas révocables *ad nutum*. Dans son premier arrêt, la Cour de cassation avait dit qu'en supposant la dérogation possible, et spécialement en admettant que les associés pussent renoncer pour un temps déterminé au droit qu'ils ont, en principe, de révoquer leurs mandataires, tout au moins faudrait-il que cette dérogation fût exprimée ou qu'elle résultât nécessairement des termes de la convention. Elle va plus loin aujourd'hui : elle n'admet pas, même par hypothèse, la possibilité de la dérogation; elle tient que la controverse qui avait pu s'élever sur la question, sous l'empire de l'art. 31 du Code de commerce, a été tranchée par la loi nouvelle, en ce qu'en donnant à ses dispositions une sanction formelle, elle a érigé le principe de la révocabilité *ad nutum* en une règle d'ordre public. Elle décide, en conséquence, qu'aucune clause ne peut enlever à la société le droit absolu de révoquer ses mandataires et conférer aux tribunaux le pouvoir soit de contrôler les causes de révocation, soit d'allouer des dommages-intérêts au mandataire révoqué. De même, et par identité de raison,

(1) Toulouse, 25 août 1876 (*J. Pal.*, 1877, p. 995; S.-V., 77, 2, 237).
(2) Cass., 30 avr. 1878 (S.-V., 78, 1, 313; *J. Pal.*, 1878, p. 777).

faudrait-il considérer comme nulle et non avenue toute clause impliquant renonciation à ce droit de la part des associés.

1611. Mais si les administrateurs sont révocables au gré de la société, ils ont, de leur côté, le pouvoir de faire cesser, par leur seule volonté, le mandat dont ils sont investis. Mandataires, ils ont le droit, conféré à tout mandataire par l'art. 2007 du Code civil, de renoncer au mandat. Leur liberté, à cet égard, est égale à celle des mandants, en ce sens qu'ils peuvent se démettre de leurs fonctions sans avoir à motiver ou à justifier leur retraite. Ils ne sont obligés qu'autant qu'ils le veulent, sous cette réserve toutefois, s'ils renoncent, que leur renonciation ne soit pas intempestive ou inopportune, en d'autres termes, qu'elle ne préjudicie pas à ceux dont ils ont accepté le mandat (1).

1612. Enfin, en terminant sur les caractères propres à la mission des administrateurs, précisons que le mandat de ceux-ci peut être salarié ou gratuit. Le législateur a cru devoir le dire soit dans l'art. 31 du Code de commerce, soit dans l'art. 22 de la loi de 1867. Au premier abord, cependant, on peut ne pas apercevoir l'utilité de cette indication : la gratuité n'étant plus, dans notre droit, de l'*essence* du mandat, dire que les administrateurs sont des mandataires, c'était par là même les placer sous la règle commune d'après laquelle le mandat, quoique gratuit de sa nature, peut cependant, sans perdre son caractère, être accompagné d'une stipulation de salaire (2). Mais, en y regardant de plus près, on reconnaît que le rappel de la règle commune était nécessaire, aujourd'hui surtout que les administrateurs, nous l'allons voir tout à l'heure, sont nécessairement pris parmi les associés. On aurait pu tirer argument de là et dire qu'associé avant tout, l'administrateur se doit à l'affaire commune et lui doit ses soins gratuitement. Le législateur prévient l'objection ou y répond par avance en déclarant que, comme tout mandat, le mandat de l'administrateur, dans la société anonyme, s'il peut être gratuit, peut aussi être salarié. En fait, il est rarement gratuit; une rétribution sous forme de traitement ou de jetons de présence y est habituellement attachée. Et rien n'est plus juste, puisque en définitive ceux qui conduisent dans l'intérêt de tous l'affaire dont la gestion leur est confiée prennent une charge et contractent des engagements qui évidemment ne leur incomberaient pas en leur seule qualité d'associés.

IV. — 1613. En passant à un autre ordre d'idées, nous avons à préciser les conditions d'éligibilité aux fonctions d'administrateur. Sous l'empire du Code de commerce, il n'y en avait aucune. Les actionnaires étaient absolument libres dans leur choix; ils pouvaient prendre parmi eux ou en dehors d'eux ceux qui en raison de leur capacité personnelle ou de leurs aptitudes spéciales leur paraissaient le mieux en position de gérer leurs intérêts et de mener à bien l'affaire commune. Le prin-

---

(1) Voy., à cet égard, notre commentaire de l'art. 2007 du Code civil (*Petits Contrats*, t. I, nos 1164 et suiv.).

(2) Voy. l'art. 1896 du Code civil et notre commentaire (*ibid.*, t. I, nos 880 et suiv.).

cipe de cette liberté absolue était déposé dans l'art. 31 du Code de commerce, aux termes duquel l'administration de la société anonyme pouvait être confiée à des mandataires *associés ou non associés*. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui. L'art. 31 du Code de commerce, expressément abrogé par la loi du 24 juillet 1867 (art. 47), est remplacé maintenant par l'art. 22 de cette loi, et le premier paragraphe de cet article porte que « les sociétés anonymes sont administrées par des mandataires à temps... *pris parmi les associés*. » Ainsi, quel que soit le nombre des actionnaires, fût-il réduit à sept, au-dessous duquel une société anonyme ne peut pas se constituer, et les sept associés fussent-ils tous également étrangers au commerce ou à l'industrie, objet même de la société, c'est néanmoins à l'un d'eux ou à plusieurs que l'administration devra être confiée. Car, désormais et de par la loi nouvelle, la qualité d'associé est la condition nécessaire d'éligibilité aux fonctions d'administrateur.

1614. Bien que cette exigence de la loi soit conforme, en définitive, à la pratique des sociétés anonymes, dont les statuts, en général, précisent que les administrateurs *seront pris parmi les associés*, l'innovation, qui, du reste, remonte à la loi du 23 mai 1863 (art. 1er, § 4), n'est pas heureuse; et, il faut bien le dire, elle serait difficilement justifiée. Pourquoi et dans quel intérêt restreindre la liberté laissée autrefois à la société anonyme pour le choix de ses mandataires? Que les associés puissent s'imposer la restriction, si la chose leur paraît opportune, cela se conçoit. Mais la leur imposer législativement, c'est un excès de réglementation qui peut n'être pas sans de graves inconvénients. La commission du Corps législatif, en 1867, le comprenait bien elle-même. L'art. 22, disait-elle dans son premier rapport, « est la reproduction textuelle du dernier paragraphe de l'art. 1er de la loi du 23 mai 1863, lequel était calqué lui-même sur l'art. 31 du Code de commerce; à cela près que cet article, plus libéral que la loi nouvelle, permettait de choisir, pour administrateur, même une personne étrangère à la société. *Votre commission a vainement cherché les motifs de la restriction*. En limitant le cercle dans lequel la société peut choisir un mandataire, on court le risque de la priver du concours d'une personne étrangère dont les lumières et les aptitudes spéciales peuvent être l'instrument de sa fortune... » (1) Et c'est pour prévenir ou pour atténuer cet inconvénient que, voulant se rapprocher autant que possible de l'art. 31 du Code de commerce dont il eût été plus simple assurément de demander le rétablissement, la commission a proposé et fait admettre le paragraphe second de l'art. 22, aux termes duquel « ces mandataires (les administrateurs pris parmi les associés) peuvent choisir parmi eux un directeur, ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société, et dont ils sont responsables envers elle. » Dans la discussion, d'ailleurs si confuse et si pleine d'obscurité, dont elle a été l'objet, cette disposition a été vivement critiquée. Es-

(1) *Comment. législ.* de Tripier (t. I, p. 163).

sayons, cependant, d'en préciser la portée; peut-être en résultera-t-il qu'elle ne mérite pas toutes les critiques qu'elle a soulevées.

1615. Et d'abord, notons-le, ce n'est pas une simple alternative que la loi a entendu consacrer, comme sa rédaction le pourrait faire croire. Les administrateurs, est-il dit, « peuvent choisir parmi eux un directeur ou se substituer un mandataire étranger à la société. » Mais toute la discussion, au Corps législatif, a porté sur cette dernière partie du texte; la première s'en détache et en est absolument indépendante, en sorte qu'il y a là deux facultés distinctes et nullement exclusives l'une de l'autre : les administrateurs peuvent choisir un directeur parmi eux; ils peuvent aussi, sous certaines conditions, se substituer un mandataire étranger.

De ces deux facultés, la première est insignifiante; et il y a d'autant moins à y insister, qu'après tout elle ne correspond guère à l'idée poursuivie par la commission du Corps législatif. Selon l'expression même du rapport, il s'agissait uniquement de concilier la pensée du projet du gouvernement, lequel excluait tout administrateur qui n'était pas associé, avec l'intérêt bien entendu de la société, c'est-à-dire la possibilité de faire appel *à des personnes étrangères* signalées par leurs lumières ou des aptitudes spéciales. Or, permettre de prendre un directeur parmi les *administrateurs,* quand la loi exigeait que les administrateurs fussent pris parmi les *associés,* c'était évidemment ne rien faire au point de vue de la conciliation désirée. — Quoi qu'il en soit, prise dans ses termes, cette première faculté a une portée fort limitée. Un conseil d'administration ne pouvant pas siéger d'une manière permanente, il est naturel et pour ainsi dire nécessaire qu'à sa tête soit placé un employé qui dirige le travail, expédie les affaires, en un mot, qui gère comme délégué. Les statuts, nous l'avons vu tout à l'heure, pourvoient fréquemment à cette nécessité en mettant auprès des mandataires chargés d'administrer un directeur statutaire dont la mission est de gérer (*suprà,* n° 1602). La loi s'inspire ici de cette pratique, et elle la sanctionne, en la modifiant toutefois. En effet, cette combinaison d'un directeur *choisi parmi les membres du conseil* n'est pas habituelle. « Elle est très-exceptionnelle, dit un publiciste profondément versé dans la matière; elle est péremptoirement interdite par les statuts d'un grand nombre de sociétés anonymes. Presque toujours le directeur, tantôt nommé par l'assemblée des actionnaires, tantôt désigné par le conseil d'administration, *est lui-même en dehors du conseil et n'y entre qu'avec voix consultative.* Le conseil en a plus d'autorité pour faire exécuter ses décisions, plus d'indépendance pour surveiller la gestion d'un agent qui n'est pas un collègue, qui ne vote pas dans sa propre cause, et dont le conseil peut être amené à mettre en délibération le maintien ou le remplacement. » (1) La loi a cru devoir dire, dans une disposition expresse, qu'il en peut être autrement. Il est permis de penser que cela n'était pas nécessaire. Bien évidemment, même en

(1) M. Alfred de Courcy (*op. cit.*, p. 16 et 17).

l'absence de cette disposition, les administrateurs, s'ils avaient trouvé au sein du conseil un homme capable, ayant les aptitudes spéciales, auraient pu, en tant que les statuts n'y auraient pas fait obstacle, le prendre pour directeur. La loi consacre donc un droit que, fût-elle restée muette, nul n'aurait songé à contester. Seulement, une question naîtra peut-être aujourd'hui de ce qu'elle a cru devoir s'expliquer. On pourra se demander si, en présence d'un texte écrit, le directeur devra être pris dans le conseil, alors même que, conformément à la pratique suivie, les statuts prescriraient de le prendre en dehors. Mais si elle était soulevée, la question serait, sans doute, résolue négativement. La clause des statuts impliquerait renonciation à une faculté qui n'est pas d'ordre public, et à laquelle, dès lors, il doit être permis de renoncer par la convention.

1616. Dans l'autre combinaison, celle *du mandataire substitué*, réside en réalité le tempérament apporté, par l'initiative de la commission du Corps législatif, au principe absolu du projet du gouvernement : les administrateurs nommés par l'assemblée générale des actionnaires ont la faculté de se substituer un mandataire étranger à la société. C'est en ouvrant cette voie que la commission, conciliant la pensée du projet primitif avec l'intérêt bien entendu de la société, a permis aux administrateurs de procurer à l'entreprise le concours de personnes étrangères dont, selon l'expression du rapport, les lumières et les aptitudes spéciales peuvent être l'instrument de sa fortune. Toutefois, notons-le bien, il s'agit ici, non point de mandataires *adjoints,* mais de mandataires *substitués*. C'est dire que ce mandataire se distingue profondément de ces agents, avec lesquels il a été trop fréquemmment confondu dans la discussion de la loi, qui sont et peuvent être employés dans la gestion journalière des affaires de la société. Le droit pour les conseils d'administration de faire appel à ces agents résulte de la nature même des choses; il est ordinairement réservé par les statuts, et n'avait pas besoin d'être inscrit dans la loi (1). Le mandataire substitué dont il est question ici s'entend de celui que les administrateurs mettraient en leur lieu et place, auquel ils transmettraient leur droit d'administrateur, avec mission de faire ce qu'ils pourraient faire eux-mêmes pour l'exécution de leur mandat. A tort ou à raison, la commission a cru qu'une disposition spéciale était nécessaire pour que la substitution fût possible, là où le principe du projet était l'exclusion d'un administrateur qui ne fût pas en même temps associé.

Cependant, de toutes les dispositions de la loi, il n'en est pas qui ait été plus contestée et qui soulève plus de critiques. C'est là une innovation dangereuse, a-t-on dit au Corps législatif. On n'a pas encore

(1) Il a été consacré néanmoins, dans la loi belge du 18 mai 1873, par l'art. 53, en ces termes : « La gestion journalière des affaires de la société, ainsi que la représentation de la société, en ce qui concerne cette gestion, peuvent être déléguées à des directeurs, gérants et autres agents, associés ou non associés, dont la nomination, la révocation et les attributions sont réglées par les statuts. — La responsabilité de ces agents, à raison de leur gestion, se détermine conformément aux règles générales du mandat. »

u des administrateurs de sociétés anonymes croire qu'ils peuvent onner leur nom, leur moralité, leur consistance, en apparence, puis 'effacer et avoir un mandataire qui agit pour eux!... Quand l'assemlée générale vous a nommés, ce n'est pas celui que vous vous substiuez qu'elle a entendu désigner, c'est vous-mêmes... On ne voit pas quel ntérêt ont les administrateurs à accepter les fonctions, avec l'intention le ne pas les remplir par eux-mêmes, avec l'intention de choisir un nandataire pour agir à leur lieu et place... Ce n'est qu'une faculté, sans doute; mais c'est une faculté mauvaise, la faculté de mettre le désordre dans les sociétés (1). Est-il possible, a-t-on dit encore, que ces administrateurs, nommés en assemblée générale, se démettent, pour ainsi dire, de leurs fonctions, les abdiquent de leur propre autorité, et en confèrent l'exercice à un individu étranger à la compagnie? Évidemment, ils abuseraient de la confiance dont les actionnaires les ont investis... Ils ne peuvent pas se dessaisir de leur pouvoir en faveur de qui bon leur semble; ils ne peuvent pas se faire substituer; ils ne peuvent pas disparaître à leur volonté (2)... Et ces mêmes idées se sont fait jour dans la doctrine. « Cette théorie du remplaçant, dit notamment M. Alfred de Courcy, me paraît nouvelle et singulière. Jamais je n'aurais imaginé qu'un administrateur nommé par les actionnaires pût déléguer son droit d'administration et envoyer le premier venu siéger à sa place... Ainsi, il pourra être permis aux administrateurs élus de déserter leur mandat... d'aller habiter la province ou l'Amérique, en *se substituant* un étranger ou se donnant un remplaçant... Cette faculté pourra être individuelle aussi bien que collective; le texte ne fait aucune distinction... Un administrateur en voyage ou indisposé, ou tout simplement qui sera parti pour la chasse, n'aura, s'il ne veut pas perdre ses jetons de présence, qu'à envoyer son secrétaire siéger à sa place... Les conseils seront toujours au complet; seulement, l'été, pendant les bains de mer, il arrivera qu'ils ne seront composés que de doublures... » (3) Le trait est vif; mais frappe-t-il bien juste? On pourrait dire d'abord que déserter le mandat et renoncer aux fonctions uniquement pour s'en épargner les soins et se procurer les plaisirs de la chasse ou des bains de mer, ce serait abuser et non faire usage d'une faculté concédée par la loi dans la pensée de servir la société. Or, on peut abuser des institutions les meilleures, et c'est ne rien prouver contre elles que de montrer qu'elles peuvent être faussées dans la pratique, et, par là, laisser la porte ouverte aux abus. Mais allons plus au fond et, supprimant par la pensée le deuxième paragraphe de l'art. 22, supposons que, réduit à sa première partie, cet article ait exprimé seulement que les sociétés anonymes sont administrées par *des mandataires pris parmi les*

---

(1) Observations de M. de Saint-Paul (Tripier, t. II, p. 133).

(2) Observations de M. Delebecque (*ibid.*, p. 151). — Voy. aussi *passim*, dans la même discussion, les observations de MM. de Bussierre, Pouyer-Quertier, Chevandier de Valdrôme, etc.

(3) M. Alfred de Courcy (p. 36 et suiv.). *Comp.* MM. Lombard (p. 134), Vavasseur (p. 339).

associés. Qu'en serait-il résulté? Est-ce que les administrateurs auraient été privés de la faculté de se substituer un mandataire? En aucune façon. Cette combinaison du mandataire substitué est dans le droit commun du mandat. L'art. 1994 du Code civil la consacre virtuellement, mais nécessairement, en s'occupant du fait de la substitution pour dire quand, comment et dans quelle mesure il engage la responsabilité du mandataire de qui il émane. Or, les administrateurs de la société anonyme sont des mandataires; cela est dit précisément dans le premier paragraphe de l'art. 22, où, de plus, nous venons de le voir, le législateur s'attache à décrire les conséquences juridiques de ce caractère de mandat qu'il assigne à leur mission. Ils auraient donc pu, en vertu des règles générales du mandat, user de la faculté que le paragraphe second a expressément confirmée. En sorte que, loin d'imaginer un procédé nouveau, comme on l'a dit mal à propos (1), les auteurs de la disposition si vivement attaquée de l'art. 22 ont simplement emprunté au droit commun, en matière de mandat, une combinaison qu'ils ont appliquée au mandat spécial dont sont investis les administrateurs des sociétés anonymes. Et l'on a dit justement, en défendant cette disposition devant le Corps législatif, qu'elle « n'apporte aucune innovation ni au droit, ni à l'état actuel, ni à la pratique des sociétés, non plus qu'au droit commun en matière de mandat, tel qu'il est réglé par les art. 1984 et suivants du Code Napoléon... » (2)

1617. Toutefois, cette faculté de se substituer un mandataire n'est pas ouverte aux administrateurs avec toute la latitude que le droit commun a laissée aux mandataires en général. Et ceci répond à l'observation des auteurs qui, tout en accordant qu'il ne fallait pas interdire cette faculté, estiment qu'il était inutile de l'écrire dans la loi comme une sorte d'invitation aux administrateurs d'abandonner leur mandat (3). L'observation serait juste, sans doute, s'il eût été dans la pensée du législateur de maintenir, à tous égards, la faculté dont il s'agit dans les termes du droit commun. Mais il a cru devoir modifier les règles ordinaires par d'importantes aggravations. Et il les a précisées.

En premier lieu, la loi spéciale fait dépendre de la volonté de la société elle-même la possibilité pour les administrateurs de se substituer un étranger dans l'administration de la société. Or, il n'en est pas ainsi pour les mandataires ordinaires. En effet, les rédacteurs du Code n'ont pas suivi la doctrine de Pothier, d'après lequel le mandataire excédait les bornes du mandat lorsque, *n'ayant pas le pouvoir par la procuration de se substituer une personne,* il faisait cependant, non par lui-même, mais par un mandataire substitué, l'affaire dont il s'était chargé. Au contraire, les rédacteurs du Code ont admis que, même en l'absence de toute stipulation dans le contrat, c'est-à-dire quand le fait de la substitution n'est expressément ni autorisé ni interdit par la pro-

(1) Voy. M. Vavasseur (n° 338).
(2) Observations de M. le garde des sceaux (Tripier, t. II, p. 136 et 139).
(3) Voy. notamment M. Vavasseur (n° 339). *Comp.* M. Lescœur (n° 333).

curation, le mandataire, en général, peut se substituer une autre personne dans la gestion, et, dès lors, n'est pas en faute par cela seul qu'il fait la substitution. C'est un point établi dans notre commentaire de l'art. 1994 du Code civil (1). Mais il est dérogé à cette règle par notre art. 22. Il faut, pour que les administrateurs, mandataires de la société anonyme, soient autorisés à renoncer à leur mandat et à se substituer un étranger pour l'administration de la société, que le fait de la substitution ait été prévu et expressément permis par les statuts : ils ne le peuvent, selon l'expression de notre article, que *si les statuts le permettent*. Ainsi, à la différence des mandataires ordinaires, ils n'ont pas cette faculté, en principe; il faut qu'elle leur ait été donnée par les statuts, et même qu'elle leur ait été donnée *expressément :* le silence des statuts équivaudrait à l'interdiction formelle de la faculté.

1618. Ce n'est pas tout encore : la loi spéciale s'écarte de la loi générale et l'aggrave au point de vue de la responsabilité. Dans les termes du droit commun, le mandataire auquel pouvoir a été conféré de se substituer quelqu'un sans désignation d'une personne ne répond de celle dont il a fait choix que si elle était notoirement incapable ou insolvable (art. 1994 C. civ.). D'après notre art. 22, l'administrateur qui, autorisé par les statuts, s'est substitué un mandataire étranger, répond, en toute hypothèse, de ce mandataire envers la société.

C'est précisément sur cette extension de la responsabilité que s'est produite au Corps législatif la discussion dont nous avons parlé tout à l'heure. Elle était repoussée, notamment, par les députés versés dans la pratique des grandes affaires industrielles, sur ce fondement que les hommes les plus capables et les plus dignes s'éloigneraient nécessairement des conseils d'administration si, en y entrant, ils devaient rester exposés à répondre dans tous les cas des fautes préjudiciables que pourraient commettre dans l'exercice journalier de leur mission les directeurs des travaux, du matériel, de l'exploitation, auxquels ils auraient demandé leur concours. Mais il y avait là un malentendu, une équivoque, que le garde des sceaux s'est attaché à dissiper. L'art. 22, a dit le ministre, commence par répéter les termes de l'art. 31 du Code de commerce. Il dit ensuite : Si les administrateurs veulent déléguer leur droit d'administrateurs, — entendez-vous? non pas de directeur de l'exploitation, mais leur droit d'administrateurs, — s'ils veulent le déléguer à un tiers, *même étranger à la société*, le contrat pourra le leur permettre. Il le permettra ou il ne le permettra pas. S'il ne le permet pas, il n'y a pas de question. S'il le permet, ils pourront déléguer leur droit d'administrateurs à qui bon leur semblera, mais sous leur propre responsabilité. La personne qu'ils auront choisie sera administrateur à leur lieu et place. Ils devraient administrer, ils ont le pouvoir de faire administrer par un autre. Mais de même qu'ils sont responsables de leur gestion personnelle, ainsi ils le sont également de celle de leur rempla-

(1) *Petits Contrats* (t. I, nº 1016).

çant (1)... La portée de la loi est ainsi nettement précisée. Celui dont les administrateurs répondent, ce n'est pas le directeur qu'ils auraient choisi ou tous autres agents locateurs de services; c'est le tiers qu'ils auraient mis en leur lieu et place pour administrer; c'est le *mandataire substitué* dans le sens de l'art. 1994 du Code civil. De ce mandataire étranger à la société, les administrateurs sont responsables dans tous les cas envers la société; et c'est en cela encore qu'il y a dérogation à l'art. 1994 du Code civil, d'après lequel le mandataire à qui pouvoir a été conféré de se substituer une personne, d'ailleurs non désignée, ne répond de celle dont il a fait choix qu'autant qu'elle était notoirement incapable ou insolvable.

1619. Les administrateurs seraient-ils également responsables et dans les mêmes termes si le mandataire substitué était lui-même actionnaire ou associé? La raison de douter vient des termes de l'art. 22, où il est dit que les administrateurs peuvent se substituer un mandataire *étranger à la société*. C'est de celui-là, a dit M. Lanjuinais, que le conseil d'administration est responsable. Eh bien, suffit-il que le mandataire ainsi nommé soit lui-même possesseur d'actions pour qu'il cesse d'être étranger à la société? — Incontestablement, répond le rapporteur de la commission. — Alors, reprend M. Lanjuinais, votre article est parfaitement inutile; il suffira d'avoir une action de 500 francs pour être le mandataire associé dont les administrateurs ne sont pas responsables (2). C'était là, croyons-nous, une fausse induction. La loi qui autorise l'administrateur à se substituer un mandataire étranger si les statuts le permettent n'exclut en aucune façon la faculté, pour l'administrateur, de prendre ce mandataire parmi les actionnaires; la formule de l'art. 22 revient à dire, comme l'exprimait le garde des sceaux dans les observations rappelées tout à l'heure, que les administrateurs peuvent, sous leur responsabilité, déléguer leur droit d'administration à un tiers *même étranger à la société*. Or, ce qui engendre la responsabilité, ce qui en est le principe, dans la pensée de la loi, c'est le seul fait de la délégation, c'est la substitution d'un tiers qui accomplira pour l'administrateur, et en son lieu et place, le mandat dont ce dernier avait été investi par l'assemblée générale, c'est-à-dire par la société. Il importe donc peu, à ce point de vue de la responsabilité, que ce tiers soit un actionnaire. Associé, il aurait pu être appelé par l'assemblée aux fonctions d'administrateur; mais il n'a pas été nommé par elle : il n'est donc pas l'homme de la société; et cela suffit pour que, conformément à l'art. 22, l'administrateur qui l'a mis en son lieu et place en doive répondre envers la société.

V. — 1620. La loi exige que les administrateurs soient pris parmi les associés; mais elle ne s'en tient pas là : elle veut encore que chaque

(1) Voy., pour toute cette discussion, le Commentaire législatif de M. Tripier (t. II, p. 122 à 155).

(2) *Ibid.* (t. II, p. 129 et 130).

lministrateur soit propriétaire d'un certain nombre d'actions. Ceci ate des projets qui, en 1838, avaient pour objet la réglementation des ommandites par actions. On se proposait alors de prévenir le maége frauduleux de spéculateurs qui, après avoir lancé une affaire dans public uniquement pour l'exploiter, se substituaient dans la gérance n homme sans consistance et vendaient sous son nom les actions qu'ils 'étaient fait attribuer. Attacher le gérant par un intérêt fixe et permaent à la bonne administration et au succès de la société parut le moyen plus sûr; et, en conséquence, l'art. 17 du projet amendé par la comnission de la Chambre des députés portait « que les gérants seraient enus de fournir une mise formant au moins le dixième de la totalité u fonds social, et qui ne pourrait être inférieure au quart des apports aits à la société en autres valeurs que du numéraire; et que les actions eprésentant cette mise resteraient indisponibles tant que durerait la gestion à la garantie de laquelle elles seraient affectées, et jusqu'à ce que les comptes de cette gestion eussent été apurés. » C'est l'idée que nous trouvons réalisée dans notre loi actuelle. La mesure n'a pas été prise, à la vérité, en ce qui concerne les gérants des sociétés en commandite, lesquels, nous l'avons dit, peuvent être pris en dehors de la société (*suprà,* n° 1431). Mais, soit en 1863 lorsque furent instituées les sociétés à responsabilité limitée, soit en 1867 quand a été rédigée la loi qui régit aujourd'hui les sociétés par actions, le législateur s'y est rattaché, et, convaincu aussi que l'intérêt des administrateurs au succès de l'entreprise serait pour la société aussi bien que pour les tiers un gage de bonne gestion, il a exigé non-seulement que l'administration fût aux mains des intéressés eux-mêmes, mais encore que les administrateurs fussent propriétaires d'un certain nombre d'actions. Toutefois, la loi de 1867, en reproduisant, sur ce point, la disposition de celle de 1863, qu'elle abroge, y a introduit de très-notables modifications.

1621. Aux termes de l'art. 7 de la loi du 23 mai 1863, les administrateurs devaient être propriétaires, *par parts égales, d'un vingtième du capital social,* lequel vingtième formait le fonds de garantie. En 1867, le projet du gouvernement exigeait de même que des actions formant le vingtième du capital social appartinssent aux administrateurs et fussent affectées à la garantie de la gestion. Seulement, la loi de 1863 ne posait aucune limite au chiffre du vingtième, ce qui se conçoit pour des associations dont le capital ne pouvait excéder vingt millions de francs (art. 3). En pouvait-il être de même pour celles dont la base peut s'élargir à volonté, et dans lesquelles il n'y a pas de bornes à l'extension du capital social? Le gouvernement ne le pensait pas. Aussi son projet permettait-il de réduire, par les statuts, à 1 500 000 francs le dépôt de garantie, dans le cas où le vingtième du capital social dépasserait ce chiffre. Mais ce tempérament même n'a pas paru suffisant. « Si sages que soient ces dispositions, a dit la commission du Corps législatif, la majorité les a jugées trop restrictives de la liberté conventionnelle. Le minimum de 1 500 000 francs, excessif aux yeux des uns, semblait aux

autres une insuffisante garantie là où le capital social s'élèverait à un chiffre de 100 ou de 200 millions. Elle a pensé qu'en laissant subsister le principe, en imposant aux administrateurs l'obligation d'être propriétaires d'actions représentant une partie du capital, il fallait laisser aux conventions le soin de déterminer le chiffre et les conditions de la garantie. » (1) La proposition a été admise en ces termes, et, en conséquence, l'art. 26, dans sa première partie, dispose que « les administrateurs doivent être propriétaires *d'un nombre d'actions déterminé par les statuts.* » Ainsi, ce n'est plus la loi qui règle par un minimum l'importance du fonds de garantie; cela est désormais du domaine de la convention, et il appartient aux intéressés eux-mêmes de faire que ce fonds présente, pour eux et pour les tiers, une garantie efficace et sérieuse. C'est à quoi doivent aviser les fondateurs de la société dans la rédaction des statuts. Mais en donnant satisfaction au principe de la liberté des conventions, la loi a peut-être manqué de prévoyance, en ce que les fondateurs peuvent être portés à affaiblir le chiffre de la garantie dans le cas au moins où, profitant de la faculté ouverte par l'art. 25, ils se font désigner comme administrateurs par ces mêmes statuts (2).

1622. D'un autre côté, la loi de 1863 voulait que les administrateurs fussent propriétaires *par parts égales* des actions de garantie. La loi de 1867 a supprimé cette condition. « L'obligation pour chaque administrateur d'avoir un nombre égal d'actions, porte l'exposé des motifs, pouvait avoir pour résultat d'exclure des fonctions d'administrateur des hommes ayant plus d'expérience et de capacité que d'argent, ce qui arrive quelquefois. Il était facile, il est vrai, d'échapper à la règle, en mettant sous le nom des administrateurs moins riches que les autres des actions appartenant à ceux-ci. Mais ce serait une singulière manière de justifier une disposition légale que de montrer qu'il est facile de l'éluder et d'exciter par cela même à le faire. D'ailleurs, cette combinaison placerait plus ou moins l'administrateur propriétaire simulé sous la dépendance du propriétaire réel; et l'intérêt de la société pourrait en être affecté. Le projet, en supprimant dans le paragraphe premier les mots *par parts égales,* fait disparaître cet inconvénient; il rend plus facile l'accès du conseil d'administration et plus assurée l'exécution de la loi. » (3) Cependant, il y avait à craindre qu'une part réduite à de trop faibles proportions ne fût insuffisante pour la garantie des actes dont l'administrateur, propriétaire de cette part, serait seul responsable. Le législateur a imaginé, pour parer à cet inconvénient, de substituer à l'égalité de parts, qui avait été exigée dans cette pensée,

---

(1) Tripier (t. I, p. 166 et 167).

(2) La loi belge du 18 mai 1873 a sagement prévenu ce danger en établissant une différence entre les administrateurs désignés par les statuts et les administrateurs nommés par l'assemblée générale. Ce sont les statuts qui fixent le nombre d'actions à déposer par ces derniers. Mais quant à ceux que désignent les statuts, chacun « doit déposer un nombre d'actions représentant la cinquantième partie du capital social, sans que cette part doive s'élever au delà de 50 000 francs, valeur nominale des actions. » (Art. 48.)

(3) Tripier (t. I, p. 14).

l'affectation de la totalité des actions déposées à la garantie de tous les actes de la gestion. « Ces actions, porte le paragraphe 2 de l'art. 26, sont affectées *en totalité* à la garantie de tous les actes de la gestion, *même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs.* » Dans cet ordre d'idée, le législateur ne se préoccupe pas de l'origine des actions de garantie. Avant comme depuis la loi de 1867, les statuts des sociétés anonymes, en fixant le chiffre des actions dont les administrateurs devront être propriétaires, supposent et stipulent que chacun en aura un nombre égal. La loi nouvelle ne s'attache aucunement à cette pratique constante; elle autorise implicitement l'inégalité de parts, et entend que toutes ces actions, qui représenteront la partie du capital déterminée par les statuts, répondent ensemble, quelle qu'en soit l'origine.

1623. Toutefois, la loi n'a pas en cela entendu consacrer la solidarité personnelle des administrateurs, comme on paraît l'avoir cru dans la discussion de l'art. 26. La loi nouvelle, en écartant, au contraire, la responsabilité des personnes, a voulu l'établir seulement « dans les actions qui représenteraient leur responsabilité, et elle a décidé, dans cette pensée, que ces actions, quelle qu'en fût l'origine, répondraient pour tous et pour chacun. » (1) Il s'agit donc ici, non point de cette solidarité personnelle qui aurait pour effet d'engager la fortune entière de l'obligé, mais d'une sorte de solidarité qu'on pourrait appeler *réelle*, qui ne va pas au delà du montant des actions affectées au fonds de garantie. Le système de la loi nouvelle, a-t-on dit justement, a pour conséquence de substituer à la garantie isolée des actions possédées par chaque administrateur la garantie solidaire *de toutes les actions* possédées par l'ensemble des administrateurs. Les actions possédées par les administrateurs sont un cautionnement. A la garantie individuelle de chaque cautionnement on a substitué une garantie solidaire *de tous les cautionnements* (2).

Mais, même ramené à ces termes, le système de la loi a été et a pu être critiqué. Il y a, en effet, quelque chose d'excessif dans l'établissement de cette solidarité réelle même pour les actes de gestion qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs. Ainsi, vainement tels ou tels membres du conseil se seront-ils opposés à une opération décidée par la majorité du conseil, vainement auront-ils protesté contre la résolution prise par cette majorité; leur opposition et leur résistance ne les protégeront pas; et si l'opération est mauvaise, si elle préjudicie aux intérêts des actionnaires ou des tiers, il importe peu qu'ils n'en aient pas voulu; ils n'en seront pas moins responsables sur leurs parts, aussi bien que les membres de la majorité qui l'ont décidée. La loi institue ainsi, contre toute justice, la solidarité du fait d'autrui. Il a bien été dit, dans l'exposé des motifs, que le système peut nuire, à la vérité, à ceux des administrateurs qui, étrangers à un fait

(1) Observations du rapporteur de la commission (Tripier, t. II, p. 163).
(2) M. Cornudet, commissaire du gouvernement (*ibid.*, p. 167).

dommageable, se trouveront obligés d'en supporter les conséquences sur leurs parts, mais que « c'est l'affaire de chacun de bien choisir ses collègues, afin de ne pas s'exposer à être compromis par eux et d'avoir, au besoin, contre eux un recours efficace. » (1) Seulement, on n'a pas pris garde qu'il n'appartient pas aux administrateurs de se choisir; que, sauf en ce qui concerne les premiers, qui peuvent être désignés par les statuts, ils sont nommés par la société elle-même, en sorte que, fût-il même à considérer comme constitutif d'une faute, le mauvais choix ne leur serait pas imputable. Il est donc vrai de dire qu'en ce point la disposition de l'art. 26 est excessive; et l'on s'explique à merveille les critiques dont elle a été l'objet (2). Il est des auteurs qui, *dans la* pensée qu'on peut légitimement l'éluder, conseillent aux rédacteurs de statuts de réduire dans les plus étroites limites le nombre des actions dont les administrateurs devront être propriétaires *d'après les statuts*, sauf à faire déclarer ensuite par une assemblée générale qu'en réalité ils en auront un nombre plus considérable : alors, dit-on, les actions exigées en sus, n'étant plus déposées en vertu d'une obligation statutaire, échapperaient à la solidarité (3). Peut-être, cependant, n'y aurait-il pas à compter beaucoup sur l'expédient; car, l'assemblée générale eût-elle même avoué la fraude à la loi par une déclaration expresse de non solidarité des actions supplémentaires, les parties intéressées ne s'en croiraient pas moins fondées à prétendre qu'entrées dans le fonds de garantie, ces actions y doivent rester affectées dans les conditions que l'art. 26 détermine.

1624. La dernière disposition de cet article a pour objet d'assurer l'efficacité de la mesure prescrite. Aux termes du paragraphe 3, les actions de garantie « sont nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité, et déposées dans la caisse sociale. » Ce dépôt caractérise le droit de la société. En Belgique, où, nous l'avons dit plus haut, la même sûreté est exigée des administrateurs, ce droit est nettement précisé. Les actions de garantie n'y doivent pas nécessairement être nominatives, elles peuvent être au porteur; elles ne sont pas même déclarées inaliénables. Mais la société en est dépositaire, et elles sont *affectées par privilége* à la garantie de la gestion de chaque administrateur (4). Ainsi, la loi constitue un droit de nantissement : c'est le gage qui, selon la définition légale et comme l'exprime le texte spécial de la loi belge, confère à la société, le cas échéant, le droit de se faire payer

---

(1) Tripier (t. I, p. 14). Voy. aussi M. Rivière (nº 215).

(2) Voy., dans la discussion de la loi, les observations de M. Chevandier de Valdrôme (Tripier, t. II, p. 170), et, dans la doctrine, MM. Bédarride (nº 388), Lombard (p. 136), Alfred de Courcy (p. 95 et suiv.), Boistel (*Précis*, p. 213).

(3) Voy. MM. Alfred de Courcy (p. 99) et Boistel (*loc. cit.*).

(4) « Chaque administrateur, porte l'art. 47 de la loi belge du 18 mai 1873, doit affecter par privilége un certain nombre d'actions à la garantie de la gestion. Mention de cette affectation est faite par le propriétaire des actions sur le registre d'actionnaires pour les actions nominatives. Les actions au porteur sont déposées dans la caisse de la société ou d'un tiers désigné par les statuts ou par l'assemblée générale. » — Le nombre des actions à déposer est ensuite fixé par l'art. 48 (*suprà*, nº 1621, à la note).

sur la chose qui en est l'objet *par privilége et préférence* aux autres créanciers des administrateurs. Notre loi consacre, en réalité, ce privilége, ce même droit de préférence : la remise ou le dépôt dans la caisse sociale implique la constitution du gage et fait naître le droit dont la société ne saurait être déchue que si elle se dessaisissait des actions qui en sont l'objet; l'inaliénabilité dont ces actions sont frappées, et l'indication qui en est faite sur le titre, assurent d'autant plus l'exercice du droit.

1625. Du reste, l'inaliénabilité des actions de garantie n'en entraîne pas l'insaisissabilité. Ces actions ne sont pas déclarées insaisissables; elles peuvent donc être saisies par les créanciers personnels des administrateurs (arg. de l'art. 581 C. proc.). Seulement, le créancier saisissant rencontrerait ici une affectation réelle qui ne lui permettrait pas de continuer les poursuites jusqu'au bout, c'est-à-dire de faire procéder à la vente. Il devra donc nécessairement attendre la fin de la gestion à la garantie de laquelle les actions sont spécialement affectées. Et même alors il ne pourra exercer son droit que sauf les droits préférables de la société et des tiers qui auraient traité avec elle. Ainsi, un des administrateurs a-t-il donné lieu, par un acte de sa gestion, à l'exercice du recours de la société sur les actions déposées, le créancier saisissant viendra, sur le prix de la vente, après les créanciers sociaux et après la société elle-même. Peu importerait, d'ailleurs, que l'administrateur, débiteur saisi, eût été étranger au fait qui a donné lieu au recours de la société, puisque les actions de garantie, quelle qu'en soit l'origine, répondent collectivement pour tous et pour chacun (*suprà*, n° 1622).

1626. Il reste à se demander quelle sera la sanction en cas d'infraction aux dispositions de l'art. 26. La question a été posée devant le Corps législatif; et de quelques observations présentées par le ministre du commerce on a cru pouvoir induire que, suivant lui, le silence des statuts sur le dépôt de garantie serait une cause de nullité de la société. D'un autre côté, le commissaire du gouvernement, répondant directement et explicitement à la question, « n'hésitait pas à penser que si des administrateurs avaient accepté ces fonctions sans posséder d'actions et avec des statuts où l'art. 26 aurait été méconnu, l'art. 44 pourrait être invoqué contre eux, et qu'ils pourraient être déclarés responsables sur leur fortune personnelle de l'infraction à la disposition de l'art. 26, si cette infraction avait eu pour effet de causer un préjudice à la société. » (1) Nous n'acceptons ni l'une ni l'autre solution.

La première, d'abord, est absolument inadmissible. La loi, dans son art. 41, a pris le soin de préciser quelles sont les dispositions dont l'inobservation doit entraîner la nullité de la société. Or, l'art. 26 n'y est pas mentionné. Le silence des statuts sur le dépôt de garantie ne peut donc pas être considéré comme une cause de nullité : une telle sanction ne saurait, en aucun cas, être suppléée. — La seconde, la responsa-

(1) Voy., pour toute la discussion, le Commentaire législatif de Tripier (t. II, p. 160 à 172).

bilité des administrateurs sur leur fortune personnelle, par application de l'art. 44, est condamnée, au moins dans sa généralité, par cet article même. Les administrateurs ne peuvent être déclarés responsables, d'après l'art. 44, que des infractions ou des fautes *qu'ils auraient commises dans leur gestion*. Or, la rédaction des statuts n'est évidemment pas un fait de leur gestion, qui ne commencera qu'après et lorsqu'ils auront été nommés par l'assemblée générale. L'art. 44 ne saurait donc trouver ici son application.

Est-ce à dire que l'art. 26 soit absolument dépourvu de sanction, comme quelques auteurs le supposent? Non, sans doute. Il peut y avoir infraction de diverses manières aux dispositions de cet article. Les prescriptions en sont méconnues si les statuts sont muets au sujet du fonds de garantie à fournir par les administrateurs; elles sont méconnues encore si, le pacte social ayant constitué le fonds de garantie, les administrateurs nommés ne possèdent pas le nombre déterminé d'actions.

Dans le premier cas (absolument exceptionnel, les statuts fixant en général le nombre d'actions dont les administrateurs doivent être propriétaires), nous dirons, avec MM. Mathieu et Bourguignat, que la rectification des statuts pourrait être demandée par les tiers et par les associés eux-mêmes; que les administrateurs ne pourraient se refuser à faire opérer la rectification, à peine de dommages-intérêts; qu'ils devraient même la provoquer, et s'abstenir de tous actes de gestion tant qu'il n'aurait pas été satisfait à la prescription de l'art. 26 (1). Dans le second cas, il y aurait, de la part des administrateurs qui n'auraient pas déposé le nombre déterminé d'actions, la faute personnelle qui pourrait les rendre responsables dans les termes de l'art. 44. Et, en outre, ils pourraient être réputés démissionnaires ou révoqués après une mise en demeure (2).

1627. L'indisponibilité des actions de garantie cesse quand, au terme de ses fonctions, l'administrateur retire les titres dont il a dû effectuer le dépôt. Mais la loi n'indique pas quand et comment les actions pourront être libérées du droit de gage dont elles étaient spécialement affectées. On a dit qu'elles en restent grevées tant que dure la dette des administrateurs, c'est-à-dire pendant trente ans à partir de la cessation de leurs fonctions (3). La condition serait excessive : nous considérons comme plus juste et plus vraie la disposition ci-dessus rappelée des projets de 1838, d'après lesquels les actions représentant la mise du gérant devaient rester indisponibles tant que durait la gestion à la garantie de laquelle elles étaient affectées et jusqu'à ce que les comptes

(1) Voy. MM. Mathieu et Bourguignat (n° 192). — *Junge* M. Alauzet (n° 539).

(2) L'art. 49 de la loi belge du 18 mai 1873 dispose, en ce sens, « qu'à défaut de s'être conformé aux conditions prescrites dans le mois de la constitution définitive de la société s'il s'agit d'un administrateur nommé par les statuts, ou dans le mois de la nomination ou de la notification qui devra lui être faite si elle a eu lieu en son absence et qu'il s'agisse d'un administrateur nommé par l'assemblée générale, tout administrateur sera réputé démissionnaire, et il sera pourvu à son remplacement par l'assemblée générale. »

(3) Voy. M. Boistel (*Précis*, p. 213).

de cette gestion eussent été apurés (*suprà*, n° 1620). Après l'apurement du compte de gestion, en effet, le droit de gage de la société n'a plus de raison d'être; les administrateurs alors en exercice devront donc, la libération étant par eux constatée, faire remettre à ceux dont les fonctions ont cessé des actions libres en échange de celles qui étaient inaliénables et frappées du timbre indiquant l'inaliénabilité.

VI. — 1628. Les pouvoirs des administrateurs n'ont été définis ni par le Code de commerce, ni par la loi spéciale du 24 juillet 1867. Dans cette loi, comme dans le Code de commerce, le législateur s'est borné à dire que les administrateurs sont des mandataires, et, en ne précisant pas davantage, il a laissé aux intéressés eux-mêmes le soin de fixer la mesure et l'étendue du mandat. Et, en effet, les statuts des sociétés anonymes règlent habituellement les attributions et les pouvoirs des administrateurs. Dans ce cas, il en est, en général, des administrateurs de la société anonyme comme des gérants de la commandite : ils n'obligent la société qu'autant qu'ils agissent dans la sphère de leurs attributions, dans la limite de leurs pouvoirs (voy. *suprà*, n°s 1440 et suiv.).

1629. Cela a été décidé à diverses reprises par la Cour de cassation. Il a été jugé, par exemple, que la promesse de prorogation de bail consentie par le président du conseil d'administration et non ratifiée par le conseil est nulle, alors que les statuts sociaux exigeaient la signature de deux administrateurs pour la validité des baux (1). La Cour s'est prononcée dans le même sens à propos d'emprunts contractés par les administrateurs séparément, ou par le conseil d'administration en dehors des conditions fixées par les statuts (2). Les cours d'appel, suivant cette doctrine, ont également annulé ou déclaré non obligatoires pour la société des emprunts contractés, soit par le directeur en dehors des statuts (3), ou sans l'autorisation du conseil d'administration, auquel seul était attribué le pouvoir d'emprunter (4), soit même par le conseil dans le cas où l'emprunt n'est pas autorisé par le pacte social (5).

1630. Dans ce cas, où nous supposons que les administrateurs ont excédé les pouvoirs conférés par les statuts, ce serait à eux à supporter les conséquences des actes par eux consentis, à moins, toutefois, que la société en eût profité, auquel cas elle serait obligée (6), ou encore à moins que les actes eussent été expressément ratifiés. Il a été jugé, en ce dernier sens, que les actionnaires ne sont pas recevables à contester la validité de billets souscrits par le directeur et causés fictivement valeur en nantissement, alors que ce mode irrégulier d'opérer a été pra-

---

(1) Rej., 9 juill. 1872 (Dall., 72, 1, 404; S.-V., 73, 1, 256; *J. Pal.*, 1873, p. 634).
(2) Voy. Cass., 22 janv. 1867 (S.-V., 67, 1, 124; Dall., 67, 1, 169; *J. Pal.*, 1867, p. 286).
(3) Bordeaux, 6 août 1853 (S.-V., 55, 2, 717; *J. Pal.*, 1855, p. 174; Dall., 54, 2, 14).
(4) Nancy, 22 déc. 1842 (S.-V., 43, 2, 381; Dall., 43, 2, 53).
(5) Douai, 15 (ou 13) mai 1844 (S.-V., 44, 2, 403; Dall., 45, 2, 10); Alger, 18 mars 1863 (S.-V., 63, 2, 156; *J. Pal.*, 1863, p. 1093; Dall., 63, 5, 353).
(6) Cass., 24 mars 1852 (Dall., 52, 1, 109; S.-V., 52, 1, 436; *J. Pal.*, 1852, t. I, p. 405).

tiqué dès l'origine de la société, à la connaissance et avec l'approbation de tous les associés, et a même été ratifié expressément à la majorité des voix par l'assemblée générale (1).

1631. Mais le pacte social peut être muet touchant les pouvoirs des administrateurs. Pour ce cas, nous n'avons qu'à nous référer aux observations présentées plus haut à propos de l'administration soit des sociétés collectives, soit des sociétés en commandite. De même que les gérants de ces sociétés, les administrateurs des sociétés anonymes sont des mandataires. Leurs pouvoirs, dès lors, ne vont pas jusqu'aux actes de disposition; mais ils s'étendent à tous les actes d'administration, quelque importants qu'on les suppose, dès qu'ils rentrent dans *les fins* que la société s'est proposée en s'établissant (*suprà*, nos 1442 et suiv.).

1632. Quant aux actions judiciaires, il est certain que le mandat des administrateurs renferme le pouvoir d'intenter toutes celles qui seraient relatives aux actes d'administration, et d'y défendre. Il a même été décidé que ce pouvoir n'est pas limité aux actions concernant les opérations de la société, et qu'il s'étend aux actions ayant pour objet la réparation d'un préjudice moral souffert par elle, spécialement à une action en diffamation (2). Mais que décider en ce qui concerne les procès dans lesquels se trouverait engagé un droit immobilier de la société? Il paraît admis qu'à défaut d'une autorisation spéciale et préalable de l'assemblée générale, les administrateurs n'auraient pas le pouvoir soit de les intenter, soit d'y défendre. Cela peut n'être pas sans inconvénients, et, en outre, on n'aperçoit pas l'intérêt qu'il y a, au point de vue du succès de l'affaire, à demander l'intervention de l'assemblée générale quand il s'agit de soutenir en justice ou d'y défendre les droits, même immobiliers, de la société. Aussi, en pratique, on n'hésite pas à s'écarter de la solution, qui, en elle-même, peut être considérée comme découlant des principes; les statuts confèrent habituellement au conseil d'administration le droit de former *toutes réclamations* et de défendre la société contre *toutes demandes* (3). Mais le droit ainsi conféré n'emporte généralement ni celui de transiger, ni celui de compromettre (4), à moins qu'il s'agisse d'intérêts relatifs au commerce de la société, auquel cas la faculté de terminer les contestations sociales par la voie de la transaction ou par celle de l'arbitrage, est comprise dans les pouvoirs des administrateurs (*suprà*, n° 1360).

VII. — 1633. A côté des pouvoirs de l'administrateur se placent ses devoirs. Il y en a de généraux sur lesquels nous n'avons pas à insister ici : nous voulons parler des devoirs qui s'imposent à tout mandataire; il suffit, à l'égard de ceux-là, de se référer aux règles du mandat.

---

(1) Rej., 13 mars 1876 (Dall., 77, 1, 49; S.-V., 76, 1, 361; *J. Pal.*, 1876, p. 873). *Comp.* Rej., 20 févr. 1877 (Dall., 77, 1, 201).

(2) Orléans, 21 déc. 1854 (Dall., 57, 2, 30; *J. Pal.*, 1855, t. I, p. 374; S.-V., 55, 2, 661).

(3) C'est un point législativement consacré en Belgique. — Voy. art. 44, loi du 18 mai 1873, et le commentaire de M. Waelbroeck (p. 190).

(4) Voy. Cass., 1er avr. 1834 (S.-V., 34, 1, 794). *Comp.* Cass., 29 août 1859 (Dall., 60, 1, 385; *J. Pal.*, 1860, p. 215; S.-V., 60, 1, 526).

1634. Indépendamment de ces devoirs généraux, il y en a de particuliers dont quelques-uns ont été déjà précisés. Ainsi, la loi exige que toute société anonyme dresse, chaque semestre, un état sommaire de sa situation active et passive, et, en outre, que, comme tout commerçant, elle établisse chaque année, conformément à l'art. 9 du Code de commerce, un inventaire contenant l'indication des valeurs mobilières et immobilières et de toutes les dettes actives et passives de la société (art. 34, *suprà*, n° 1592); c'est aux administrateurs, évidemment, qu'incombe l'obligation de dresser l'état sommaire et l'inventaire aux époques déterminées. — Ainsi encore, la loi exige qu'il soit fait annuellement, sur les bénéfices, un prélèvement d'un vingtième au moins, affecté à la formation d'un fonds de réserve (art. 36) : c'est aussi aux administrateurs qu'il incombe de satisfaire aux prescriptions de la loi à cet égard. — De même, aux termes de l'art. 37, ils sont tenus, en cas de perte des trois quarts du capital social, de provoquer la réunion de l'assemblée générale de tous les actionnaires, à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société. Mais nous n'avons pas à insister ici sur ces deux points, le premier ayant fait l'objet de la dernière partie de la section précédente (*suprà*, n°s 1593 et suiv.), et le second se rattachant au titre suivant relatif à la dissolution des sociétés.

1635. L'administrateur doit se proposer pour but l'intérêt de la société dans la gestion des affaires sociales : c'est son premier devoir. Mais la tâche serait délicate, et il y aurait à craindre que l'administrateur n'abusât de sa qualité et de son pouvoir si son intérêt propre était en opposition avec celui de la société. L'art. 40 a eu en vue de prévenir ce danger. Aux termes de cet article, paragraphe 1er, « il est interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale. » Cette disposition correspond à l'art. 23 de la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, qui, dans la même pensée, avait édicté la même interdiction. « Il fallait éviter, portait l'exposé des motifs, que les administrateurs fussent placés entre leur intérêt et celui de la société; c'eût été une situation délicate, dans laquelle l'intérêt de la société aurait pu souvent être mal défendu et quelquefois ouvertement sacrifié. » (1)

1636. Mais, en reproduisant l'interdiction, la loi de 1867 en a notablement tempéré la rigueur. D'après l'art. 23 de la loi de 1863, « il était interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect *dans une opération quelconque* faite avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y fussent autorisés par l'assemblée générale *pour certaines opérations spécialement déterminées.* » Il est évident que, dans ces termes absolus, l'interdiction dépassait le but, et pouvait rendre très-difficile la formation des conseils d'adminis-

(1) Tripier (*Loi de 1863*, p. 30).

tration. L'exposé des motifs de la loi de 1867 en contient la remarque. « On a vu des sociétés de crédit, y est-il dit, trouver difficilement des administrateurs parmi ceux qui auraient été le plus capables de les bien diriger, parce que, en présence de la prohibition de faire *une opération quelconque* avec la société, aucun associé n'était disposé à accepter une mission qui l'empêchait de participer aux avantages offerts à tous les autres. Le faculté de demander et d'obtenir l'autorisation de l'assemblée générale n'était qu'une ressource inutile; il fallait, en effet, que l'autorisation fût accordée pour chaque opération spécialement déterminée; or, cela était impossible, par exemple pour des opérations d'escompte pouvant se renouveler chaque jour. Ces difficultés, signalées à l'attention du gouvernement, ont dû être prises en sérieuse considération; et le projet, en maintenant le principe, en fait une application plus modérée. » (1)

1637. Et, en effet, on l'a vu par le texte ci-dessus reproduit, l'interdiction ne porte plus aujourd'hui sur chaque opération; elle est limitée aux entreprises et aux marchés faits avec la société ou pour son compte. Les conventions auxquelles s'appliquent ces dénominations ont ordinairement une importance assez grande et leurs effets une durée assez longue pour qu'il soit prudent de les assujettir à la nécessité de l'autorisation par l'assemblée générale. D'ailleurs, l'autorisation, impossible pour des opérations distinctes et réitérées, peut être facilement obtenue pour des transactions comprenant une série de travaux ou de fournitures, et, par conséquent, embrassant un assez long espace de temps (2). Ceci indique clairement la pensée de la loi : l'interdiction ne porte plus que sur les *entreprises* et les *marchés*, c'est-à-dire sur des conventions impliquant l'idée de rapports suivis et prolongés. Ainsi, un administrateur pourra bien faire avec la société des actes isolés de commerce, des actes distincts et même réitérés, par exemple lui acheter ou lui vendre des marchandises, faire avec elle des opérations d'escompte au taux courant, etc. Au contraire, il ne pourra pas se charger envers elle d'une construction avec la série de travaux qu'elle comporte, ou d'une fourniture au mois ou à l'année; faire une assurance contre l'incendie, un abonnement pour assurances maritimes (3).

Et non-seulement il ne pourra pas se charger personnellement de ces marchés ou entreprises, mais encore il lui sera interdit, selon l'expression de la loi, de prendre ou de conserver, dans ceux qui seraient faits avec des tiers, un intérêt soit direct, soit indirect. A défaut d'une définition dans la loi, il appartiendra aux tribunaux de dire ce qui constitue l'intérêt soit direct, soit indirect. Ce sera une question à résoudre d'après les circonstances.

1638. La prohibition de la loi ne s'applique pas, d'ailleurs, aux marchés et entreprises qui se font par adjudication, avec publicité et con-

(1) Tripier (*Loi de 1867*, t. I, p. 46).
(2) *Id.* (*loc. cit.*).
(3) Voy. M. Alfred de Courcy (p. 179 et suiv.).

currence. Le point a été nettement résolu, au Corps législatif, dans la discussion de l'art. 40. « Voici, a-t-on dit, une compagnie de chemins de fer qui a besoin de rails, *elle met des rails en adjudication;* puis, à côté de cette compagnie, est un grand établissement métallurgique qui pourrait fournir des rails à des prix avantageux; mais parce que le chef de cet établissement se trouve être par hasard administrateur du chemin de fer, et administrateur très-utile, très-nécessaire, alors cette compagnie métallurgique *ne peut pas concourir* et livrer les rails. » Le ministre du commerce et le rapporteur de la commission ont répondu que, suivant l'usage, l'interdiction n'est pas applicable lorsqu'il s'agit d'une adjudication avec publicité et concurrence; que les mots *marchés* et *entreprises* ne s'appliquent pas à cette hypothèse (1). Ainsi, la prohibition de la loi a trait exclusivement aux marchés et entreprises contractés de gré à gré. Le motif de la loi n'existe pas pour les adjudications publiques, et, sauf le cas où la publicité n'aurait été qu'apparente et où les enchères n'auraient eu lieu que pour la forme, sauf le cas, enfin, de fraude à la loi, l'art. 40 doit rester étranger à ce cas.

1639. Du reste, en toute hypothèse, les administrateurs peuvent demander à l'assemblée générale des actionnaires une autorisation qui lèverait l'interdiction : ils ne peuvent, dit la loi, prendre ou conserver un intérêt dans le marché ou les entreprises, *à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale.* Le retranchement de ces derniers mots avait été demandé par amendement : il n'est moral, en aucun cas, disait-on à l'appui, qu'un administrateur de deux sociétés différentes fasse une affaire avec lui-même, qu'il traite au nom de deux sociétés comme acheteur et comme vendeur à la fois, et accepte ainsi de la main droite ce qu'il se livrerait de la main gauche. Mais on a pensé qu'une interdiction absolue irait au delà de ce que comportent l'intérêt des sociétés et le droit de limiter leur liberté; que, dans la pratique, elle rencontrerait les plus grands obstacles; que la force des choses la ferait éluder; enfin, que mieux valait laisser à l'assemblée générale le droit d'autoriser ou de refuser. Et l'amendement a été écarté (2).

1640. L'autorisation de l'assemblée générale pourrait intervenir utilement, même après la convention faite avec la société ou pour son compte. C'est dire qu'en présence d'un marché à conclure, l'administrateur qui y aurait un intérêt pourrait passer outre, bien que non encore autorisé par l'assemblée générale; car ce n'est pas la convention même qui est interdite par la loi. Mais, l'affaire conclue, l'administrateur en devrait référer à l'assemblée générale; et, en cas de refus de l'autorisation sollicitée ainsi après coup, il aurait à opter entre son intérêt et sa fonction : il ne pourrait, sans méconnaître la volonté de la loi, rester à la fois administrateur dans la société et intéressé dans le marché.

(1) Tripier (t. II, p. 237 et suiv.).
(2) Voy. le second rapport de la commission (Tripier, t. I, p. 249 et 250) et les observations de M. de Janzé (*ibid.*, t. II, p. 235 et 236).

1641. Par surcroît de garantie, le législateur de 1867 exige qu'il soit, « chaque année, rendu à l'assemblée générale un compte spécial de l'exécution des marchés ou entreprises par elle autorisés. » (Art. 40, § 2.) Cette disposition, qui n'était pas dans la loi de 1863, a eu pour objet de prévenir les fraudes qui pourraient être pratiquées dans l'exécution des opérations faites avec l'assentiment de l'assemblée générale.

1642. D'après quelques auteurs, le manquement aux prescriptions de l'art. 40 entraînerait la résiliation des marchés incriminés s'ils durent encore, la condamnation des administrateurs coupables à des dommages-intérêts, et leur révocation (1). Ceci, à notre avis, ne saurait être admis en thèse absolue, au moins sur tous les points. On peut adhérer à la solution quant à la révocation : il est certain que l'administrateur qui, sans y être autorisé, prend ou conserve un intérêt dans une entreprise faite avec la société ou pour son compte, manque aux devoirs de sa fonction : ce peut donc être là une cause de révocation. Mais pour ce qui est de la résiliation du marché ou de l'entreprise, on ne saurait l'admettre, si ce n'est dans le cas où l'administrateur non autorisé aurait traité directement avec la société. Que si le marché dans lequel l'administrateur est directement ou indirectement intéressé avait été conclu avec une personne étrangère, sans dol ni fraude, il n'y aurait aucun motif d'en prononcer la résiliation. Et quant aux dommages-intérêts, il en sera ou il n'en sera pas dû suivant les circonstances. La société y aura droit, sans doute, si le marché ou l'entreprise non autorisé a été la cause d'un préjudice pour elle. Mais si les conséquences de l'affaire ont été favorables, si l'entreprise ou le marché a été une source de produits fructueux, on ne voit pas comment elle pourrait fournir à la société prétexte à une demande en dommages-intérêts.

§ II. — DE LA SURVEILLANCE OU DES COMMISSAIRES DE CONTROLE.

SOMMAIRE.

I. 1643. La surveillance, nécessaire pour la société anonyme comme pour la commandite par actions, y est pourtant moins active et moins étendue; pourquoi. — 1644. Elle est exercée par des commissaires, mandataires de la société, dont la sphère d'action est distincte de celle des administrateurs. — 1645. La loi de 1863 y avait pourvu par des dispositions que celle de 1867 a reproduites, sauf quelques modifications.

II. 1646. C'est à l'assemblée générale qu'il appartient de nommer les commissaires, même ceux de la première année, qui, à la différence des administrateurs, ne peuvent pas être désignés par les statuts. — 1647. Elle en peut nommer un seul ou plusieurs; — 1648. Et les prendre même en dehors des associés. — 1649. À défaut, par l'assemblée générale, de faire la nomination, ou, en cas de refus ou d'empêchement des commissaires désignés, il est pourvu à la nomination ou au remplacement par ordonnance du président du Tribunal de commerce. — 1650. Les commissaires sont nommés pour une année seulement, mais ils sont indéfiniment rééligibles. — 1651. Leur mandat peut être gratuit ou salarié.

III. 1652. Les commissaires sont chargés de faire à l'assemblée générale de l'année qui suit celle de leur nomination un rapport sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs. — 1653. La délibération contenant approbation du bilan et des comptes serait nulle si elle

(1) Voy. notamment M. Boistel (*Précis*, p. 214).

n'avait pas été précédée de ce rapport. — 1654. Le rapport, dont la forme d'ailleurs n'est pas réglée par la loi, doit être sérieux et sincère; il doit, en présentant la situation matérielle de la société, contenir l'appréciation des opérations. — 1655. Suite. — 1656. Il doit être rédigé quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale : renvoi.

IV. 1657. Les commissaires ont le droit de prendre communication des livres et d'examiner les opérations de la société : en quoi peuvent consister cette communication et cet examen. — 1658. Mais leur contrôle n'est pas permanent; il ne peut être exercé que pendant le trimestre qui précède l'époque fixée par les statuts pour la réunion de l'assemblée générale. — 1659. Les commissaires peuvent, pendant ce trimestre, exercer leur droit d'examen toutes les fois qu'ils le jugent convenable dans l'intérêt social; mais, en outre, ils ont, même en dehors de cette période, le droit de convoquer l'assemblée générale en cas d'urgence. — 1660. L'état semestriel, l'inventaire annuel, le bilan et le compte des profits et pertes, doivent être mis à leur disposition le quarantième jour au plus tard avant l'assemblée générale. — 1661. Ces droits et ces pouvoirs établis par la loi pourraient-ils être modifiés par les statuts et dans quelle mesure?

I. — **1643.** Dans les sociétés anonymes, comme dans les commandites par actions, le contrôle et la surveillance sont placés à côté de la gestion. La loi, qui l'exige, consacre en cela une pratique ancienne. En effet, même avant qu'ils fussent imposés par l'autorité de la loi, la surveillance et le contrôle étaient organisés dans les sociétés anonymes les mieux constituées : les statuts sociaux y pourvoyaient en instituant, sous la qualification de *censeurs* ou de *commissaires,* des agents qui, soit individuellement, soit réunis en comité de censure ou en commission de vérification, contrôlaient les actes et les comptes de la gestion. Le législateur, s'inspirant de cette pratique, a fait de la surveillance un élément nécessaire dans l'organisation de la société anonyme, un rouage sans lequel il ne serait pas permis à la société de fonctionner (*suprà,* n° 1061). Toutefois, s'il en est de la société anonyme, sous ce rapport, comme de la commandite par actions, la surveillance, pourtant, y est infiniment moins rigoureuse, la mission et les pouvoirs des agents auxquels elle est confiée y sont notablement plus restreints. On pourrait s'étonner de cette différence. Il semble que les administrateurs devraient être soumis à un contrôle d'autant plus sérieux qu'étant moins exposés que le gérant de la société en commandite, au point de vue de la responsabilité, ils ne sont pas, autant que ce dernier, intéressés à éviter les négligences et les fautes dans leur gestion (1). Mais il a été tenu compte, sans doute, de cette circonstance que, dans la société anonyme, la gestion est ordinairement confiée à plusieurs administrateurs, tandis que la société en commandite est le plus souvent conduite et dirigée par un seul gérant; et l'on a pu penser que, par cela même, les malversations, les fraudes, les négligences y sont moins à craindre, en ce que les administrateurs qui agissent dans un intérêt commun seront

(1) Le législateur en a pensé ainsi en Belgique. Il confère la surveillance à des commissaires nommés par l'assemblée générale pour six ans, comme les administrateurs eux-mêmes, toujours révocables comme eux, et comme eux rééligibles, salariés, et obligés de fournir un cautionnement en actions de la société; et il leur donne un *droit illimité* de surveillance et de contrôle sur toutes les opérations de la société, avec pouvoir de prendre connaissance de toutes les écritures. Art. 54 à 58 de la loi du 18 mai 1873. M. Waelbroeck (p. 251 et suiv.).

naturellement portés à se surveiller eux mêmes, à se contrôler les uns les autres.

1644. Quoi qu'il en soit, la loi confie la surveillance à des commissaires qui, comme les administrateurs, sont les mandataires de la société, mais dont la sphère d'action est absolument distincte. Les rédacteurs de la loi de 1863 s'en sont expliqués catégoriquement lorsque en instituant les sociétés à responsabilité limitée ils rendirent la surveillance obligatoire pour ces sociétés. Quelques tribunaux ou chambres de commerce avaient vu là le germe probable d'un antagonisme fâcheux entre les administrateurs et les commissaires, une atteinte au principe de l'unité de direction indispensable pour la marche des affaires. La commission du Corps législatif combattit ces appréhensions. La sphère d'action des administrateurs et des commissaires est distincte, dit-elle : les premiers agissent, les seconds se bornent à contrôler, et n'ont pas même le droit de *veto* sur les actes des premiers. Il est vrai que les commissaires peuvent convoquer l'assemblée générale ; mais ce n'est pas là un acte d'administration proprement dit, et il est difficile d'admettre qu'ils en fassent usage en dehors des cas exceptionnels où il sera impérieusement commandé par l'intérêt social. L'unité de direction n'est donc pas compromise par cette création. Elle pourra, sans doute, parfois causer une gêne et un ennui aux administrateurs ; mais ce n'est là qu'un inconvénient secondaire, et il est impossible de ne pas reconnaître qu'elle constitue pour les actionnaires non administrateurs et pour les tiers une garantie efficace et presque nécessaire (1).

1645. Cette garantie était organisée, dans la loi de 1863, par trois articles, dont le premier, l'art. 15, avait trait à la nomination des commissaires et à la charge qui leur était imposée, et dont les deux autres, les art. 16 et 17, déterminaient leurs droits et leurs pouvoirs. Ces dispositions sont reproduites par la loi du 24 juillet 1867, la première littéralement dans l'art. 32, les deux autres, avec certaines modifications, dans les art. 33 et 34.

II. — 1646. Les commissaires de contrôle sont nommés par l'assemblée générale des actionnaires : mandataires de la société, ils devaient naturellement être nommés par elle. Il n'y a pas même à faire ici l'exception que comporte la désignation des administrateurs. A l'assemblée générale aussi il appartient, en principe, de nommer ces derniers. Mais, par des considérations particulières indiquées plus haut, la loi permet que *les premiers administrateurs* soient désignés par les statuts, avec stipulation expresse que leur nomination ne sera point soumise à l'approbation de l'assemblée générale (art. 25, *suprà*, n° 1063). Or, en ce qui concerne les commissaires, il résulte des art. 25 et 32 combinés qu'au début, comme au cours de la société, ils doivent être nommés par l'assemblée générale : les premiers par l'assemblée convoquée, à la diligence des fondateurs, postérieurement à l'acte constatant la sous-

(1) Voy. le rapport de M. du Miral (Tripler, *Loi de 1863*, p. 49).

cription du capital social et le versement du quart (*suprà*, nos 1033, 1034 et 1062); les autres, par les assemblées annuelles d'actionnaires.

1647. La loi laisse à ces assemblées une entière liberté pour la nomination et le choix des commissaires du contrôle. Elles peuvent d'abord en désigner un ou plusieurs (art. 32). Sous ce rapport, il en est de la surveillance comme de l'administration, qui pourrait aussi être confiée à un seul administrateur ou à plusieurs.

1648. Mais, à la différence des administrateurs qui doivent nécessairement être pris parmi les associés (art. 22, *suprà*, n° 1613), les commissaires peuvent être pris en dehors de la société : l'assemblée générale, dit l'art. 32, désigne un ou plusieurs commissaires, *associés ou non*. Cette disposition, qui a passé de la loi de 1863 dans la loi actuelle, a été l'objet de très-vives critiques. C'est une innovation fâcheuse, a-t-on dit aux deux époques, une innovation inspirée par une pensée de défiance. On introduit dans la société des étrangers qui, investis du pouvoir extraordinaire d'examiner les livres, de contrôler toutes les opérations, pourront certainement abuser de leur mandat et jeter le trouble dans les affaires sociales. Les associés seuls peuvent exercer dignement et avec les ménagements nécessaires le mandat de vérificateurs des comptes; il conviendrait donc à tous égards que la mission fût confiée, non point à des étrangers, mais à des actionnaires dont le zèle serait dirigé et au besoin contenu par leur intérêt d'associés (1). Évidemment, il y a ici une méprise sur la portée véritable de la loi. En définitive, de quoi s'agit-il? D'une simple faculté, et nullement d'une obligation. Il a été dans la pensée du législateur de laisser à la société une liberté entière pour le choix de ses commissaires de comptabilité, et cela précisément en raison de la nature des vérifications auxquelles ils seront préposés. Dans ce but, en imposant à la société l'obligation d'instituer la surveillance, elle lui a permis de prendre partout, même en dehors d'elle, celui ou ceux à qui la surveillance serait confiée. Loin que cela procède d'un sentiment de défiance, il y faut voir une pensée de protection. Obligée de choisir ses commissaires parmi les associés, la société n'aurait pas réellement de surveillance si elle ne rencontrait dans aucun d'eux ces aptitudes spéciales de comptables sans lesquelles la mission ne peut pas être utilement remplie. La loi statue en prévision de ce cas, et, laissant la société absolument maîtresse, elle l'autorise à choisir au dehors des hommes réellement propres à cette surveillance, si elle n'en trouve pas dans son sein.

1649. Il peut arriver que l'assemblée annuelle, à laquelle appartient le droit de désigner les commissaires, ait omis de faire la désignation; ou encore, que l'un ou plusieurs des commissaires nommés refusent la mission ou soient empêchés de la remplir. Dans ces hypothèses, l'as-

(1) Voy. les observations de M. Javal dans la discussion de la loi de 1863 (Tripier, p. 110). *Junge* M. Alfred de Courcy (p. 132 et suiv.).

semblée annuelle ayant terminé son œuvre, il n'y a pas lieu de la convoquer à nouveau, ni de faire appel par anticipation à l'assemblée qui devra se réunir l'année suivante. Il est pourvu à la nomination des commissaires ou à leur remplacement « par ordonnance du président du Tribunal de commerce du siége de la société, à la requête de tout intéressé, les administrateurs dûment appelés. » (Art. 32, § 3.) La requête peut être présentée par tout intéressé, c'est-à-dire soit par les tiers, soit par les actionnaires. Et les administrateurs doivent être mis en cause, non point assurément pour avoir à s'expliquer sur le choix même des commissaires, mais pour être parties à la nomination de ceux dont ils auront à souffrir le contrôle.

1650. En toute hypothèse, les commissaires sont désignés pour une année seulement; la loi ne le dit pas en termes exprès, comme elle dit des administrateurs qu'ils ne peuvent être nommés pour plus de six ans, ou de trois ans, suivant qu'ils sont désignés par l'assemblée générale ou par les statuts : mais cela résulte nettement soit de l'art. 25, d'après lequel l'assemblée spécialement convoquée dans la période de constitution nomme les commissaires *pour la première année,* soit de l'art. 32, aux termes duquel il doit être pourvu à la nomination chaque année par l'assemblée générale *annuelle.* Toutefois, les commissaires élus pour un an seulement sont indéfiniment rééligibles. Si la loi ne parle expressément de la rééligibilité que relativement aux administrateurs (art. 25, *suprà,* n° 1065), elle ne l'exclut par aucune de ses dispositions en ce qui concerne les commissaires; au contraire, la liberté absolue qu'elle a voulu laisser à la société pour son choix implique l'idée qu'à moins de stipulation contraire dans les statuts, l'assemblée annuelle peut toujours réélire et maintenir celui ou ceux que les assemblées des années précédentes ont désignés.

1651. La loi ne dit pas non plus si le mandat des commissaires, temporaire comme celui des administrateurs, est révocable comme celui-ci, ni si, comme celui-ci, il peut être gratuit ou salarié. Toutefois, il ne saurait y avoir difficulté sur ces points.

Comme mandaires, les commissaires sont révocables, en principe : c'est le droit commun. La loi spéciale n'eût pas manqué, sans doute, de s'en expliquer, comme elle l'a fait à l'égard des administrateurs (*suprà,* n°s 1607 et suiv.), si la durée du mandat avait dû être la même. C'est ainsi qu'en Belgique, où les commissaires peuvent être nommés pour six ans, leur mandat est législativement déclaré *toujours révocable* par l'assemblée générale (1). Mais, dans le système de notre loi française, la surveillance des sociétés anonymes est organisée pour un an seulement, encore même, nous le verrons bientôt (*infrà,* n° 1658), n'est-elle pas permanente et ne s'exerce-t-elle effectivement que pendant un trimestre. En présence d'un mandat qui, ainsi, prend fin et doit être renouvelé chaque année, il a pu paraître inutile de rappeler le droit

(1) Art. 54, § 3, de la loi belge du 18 mai 1873 (*suprà,* n° 1643, note).

de révocation dans la loi spéciale. Quoi qu'il en soit, ce droit existe en principe : la société, si elle y a intérêt (ce qui pourra se produire notamment dans le cas d'extension du mandat par les statuts), sera certainement libre d'en faire usage, sauf à remplacer sans retard, par un nouveau mandataire, le surveillant révoqué.

De même, le mandat, gratuit de sa nature, comportant une stipulation de salaire sans perdre son caractère, les principes généraux conduisent à reconnaître que le mandat des commissaires peut être gratuit ou salarié. Confié à un associé ou à plusieurs, il pourra être et il sera le plus souvent gratuit; au contraire, il ne pourra guère être que salarié s'il est donné à des étrangers.

III. — 1652. Les commissaires doivent faire à l'assemblée générale de l'année qui suit leur nomination un rapport « sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs. » C'est leur obligation principale, c'est la charge qui leur est spécialement imposée.

1653. La présentation de ce rapport, dont l'objet est d'éclairer les associés, de les renseigner sur la marche de l'administration et sur ses résultats, est un préliminaire nécessaire et sans lequel l'assemblée générale serait réputée n'avoir pas pu délibérer en connaissance de cause. Aussi l'art. 32, § 2, déclare-t-il nulle « la délibération contenant approbation du bilan et des comptes, *si elle n'a été précédée du rapport des commissaires*. »

1654. La loi, on le comprend bien, ne s'est pas occupée de la forme du rapport. A cet égard, toute liberté est laissée aux commissaires; la forme leur appartient, en l'absence de toute prescription relative au mode à suivre pour leur communication à l'assemblée générale. Il en est autrement quant au fond. Un rapport, quelle qu'en fût la valeur, suffirait peut-être à sauver la délibération, qui doit être précédée *d'un rapport;* mais il ne couvrirait pas les commissaires, dont la responsabilité serait engagée dans les termes de l'art. 43 (*infrà,* § 4), s'il n'était pas sincère et sérieux. Il faut, avant tout, que leur rapport, pour répondre à la pensée de la loi, soit susceptible de renseigner exactement l'assemblée générale, et, en conséquence, il doit non-seulement constater la situation matérielle de la société, mais encore contenir l'appréciation des opérations. Constater la situation matérielle, disait-on dans la discussion de l'art. 32, les comptes et le bilan, qui sont presque toujours réguliers, sans juger les opérations elles-mêmes, ce serait s'arrêter aux effets sans remonter aux causes; le rapport serait insuffisant s'il devait être limité à ces constatations. Il n'en est rien, fut-il répondu. Le texte semble parfaitement clair. Et à supposer que le mot *situation* écrit dans l'art. 32 ne soit pas suffisamment explicite, l'obscurité serait manifestement dissipée par les termes de l'art. 33, qui oblige, en effet, dans le délai des trois mois qui précèdent l'assemblée générale, à se livrer à toutes les investigations possibles sur les opérations de la société. Il serait illogique que les commissaires, qui

sont armés de ce droit, ou plutôt qui ont ce devoir à remplir, ne viussent pas faire à l'assemblée générale un rapport exprimant tout ce que, pour être fidèles à leurs devoirs, ils ont dû examiner (1).

1655. On aurait voulu même obliger les administrateurs et les commissaires de comptabilité à signaler chaque année, dans leurs rapports, les diminutions et les dépréciations que le fonds de roulement et le capital auraient pu subir. L'amendement proposé en ce sens n'a pas été adopté, non pas que l'indication réclamée ait paru inutile, mais parce qu'on a vu là matière à conseil plutôt qu'à prescription législative. Les rapports, a dit la commission, sous peine de manquer leur but, doivent signaler, et signalent en effet, quand il y a lieu, les faits dont on se préoccupe. C'est un devoir qu'ils s'imposent généralement. Ce devoir sera-t-il mieux rempli quand un texte l'aura étroitement précisé? C'est une question d'intelligence, de conscience et de bonne foi de la part des administrateurs et des commissaires : le juge appréciera s'ils ont ou non accompli leurs obligations de manière à engager leur responsabilité (2).

1656. Aux termes de l'art. 35, quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, tout actionnaire peut prendre, au siége social, communication de certains documents, et se faire délivrer copie du bilan *et du rapport des commissaires*. Cette disposition sera l'objet d'un examen spécial dans le paragraphe suivant relatif aux assemblées générales (*infrà*, n°s 1671 et suiv.). Nous nous bornons à la mentionner ici dans sa dernière partie, parce qu'il en résulte que le rapport des commissaires, dont l'assemblée générale reçoit communication lorsqu'elle se réunit, doit cependant être rédigé, et déposé au siége social, quinze jours au moins avant la réunion, de manière que tout actionnaire puisse user du droit que la disposition précitée lui confère.

IV. — 1657. Les commissaires ont, pour réunir les éléments de leur rapport, des moyens indiqués par les art. 33 et 34, et dans lesquels se résument le droit et le pouvoir de contrôle dont ils sont investis. D'abord, aux termes de l'art. 33, ils ont le droit « de prendre communication des livres et d'examiner les opérations de la société. » La loi ne s'explique pas autrement; mais il résulte de la généralité de ses termes que le droit conféré aux commissaires comporte celui de prendre connaissance de tous les documents nécessaires pour exercer leur contrôle sur les opérations de la société. Ils peuvent examiner le livre de caisse et du dépôt des titres, la caisse elle-même, les états du matériel, les procès-verbaux des assemblées des actionnaires, les annexes de ces procès-verbaux, les feuilles de présence et des états d'émargement. La Cour de Paris a jugé même qu'ils ont le droit non-seulement d'obtenir

---

(1) Voy. les observations de M. Josseau et la réponse du rapporteur de la commission (Tripier, t. II, p. 202 et suiv.).
(2) *Ibid.* (t. I, p. 237 et 238).

communication de ces documents, mais encore d'en prendre copie *in extenso* (1).

1658. Toutefois, ce droit de contrôle n'est pas permanent, comme celui des conseils de surveillance dans les sociétés en commandite par actions, et comme l'était celui des commissaires eux-mêmes dans les sociétés à responsabilité limitée sous l'empire de la loi du 23 mai 1863. D'après l'art. 16 de cette loi, les commissaires, nommés aussi pour une année, pouvaient, « *toutes les fois qu'ils le jugeaient convenable* dans l'intérêt social, prendre communication des livres, examiner les opérations de la société et convoquer l'assemblée générale. » Mais cette disposition a été modifiée par la loi du 24 juillet 1867, dont l'art. 33 renferme le droit de vérification dans la limite des trois mois qui précèdent l'époque fixée par les statuts pour la réunion de l'assemblée générale. « Il était à craindre, porte l'exposé des motifs, que cette action, pouvant s'exercer chaque jour, à chaque instant et sur toutes choses, ne devînt pour l'administration une gêne insupportable. S'il faut que les administrateurs soient contrôlés, il faut aussi qu'ils soient libres. Ce n'est pas dans leur intérêt qu'il importe que leurs mouvements soient dégagés de toutes entraves, c'est dans l'intérêt de la société elle-même. Quand arrive le moment de rendre les comptes, alors il est utile qu'un examen préparatoire en soit fait par des hommes impartiaux et expérimentés, afin que l'assemblée générale, ayant sous les yeux les résultats de cet examen, puisse voter avec la parfaite connaissance des faits et bien éclairée sur la situation de la société... » (2) C'est donc seulement pendant le trimestre précédant la réunion de l'assemblée générale que les commissaires peuvent, d'après la loi actuelle, user de leur droit d'examen et de vérification.

1659. Ils ne le peuvent que pendant ce trimestre; mais, pendant cette période, ils le peuvent toutes les fois qu'ils le jugent convenable dans l'intérêt social. Ajoutons, d'ailleurs, que si toute recherche leur est interdite en dehors de ces trois mois, ce n'est pas à dire qu'ils doivent, en dehors de cette période, rester toujours et absolument inactifs. La loi actuelle leur maintient le droit de convoquer l'assemblée générale en cas d'urgence, et, comme la loi de 1863, elle leur donne ce droit sans restriction ni limite : « Ils peuvent *toujours*, en cas d'urgence, convoquer l'assemblée générale. » (Art. 33, § 2.) La loi suppose qu'en raison de leur qualité, les commissaires, même pendant qu'ils doivent s'abstenir de toute investigation dans les livres, sont mieux en position que les actionnaires de se renseigner et de connaître la situation de la société. Ce droit indéfini de pousser un cri d'alarme, a dit la commission du Corps législatif, n'a pas été accepté sans débat. Il offre, sans doute, cet avantage de permettre à la société d'aviser promptement à un remède en face d'un mal soudain et grave. Mais quelle atteinte elle en

(1) Voy. Paris, 9 juill. 1866 (S.-V., 67, 2, 262; Dall., 66, 2, 138; *J. Pal.*, 1867, p. 934).

(2) Tripier (t. I, p. 45).

peut recevoir si les commissaires se sont mépris sur la réalité du mal et l'urgence du remède! La commission a pensé cependant, avec l'exposé des motifs, que « le soin de leur propre responsabilité empêcherait les commissaires de recourir, sans motifs graves, à cette mesure extraordinaire... » (1)

1660. L'art. 34 donne ensuite aux commissaires un nouveau moyen de contrôle. Aux termes de cet article, déjà rappelé à diverses reprises (*suprà,* nos 1592 et 1634), toute société anonyme doit dresser, chaque semestre, un état sommaire de sa situation active et passive, et, en outre, comme tout commerçant, établir, chaque année, un inventaire contenant l'indication des valeurs mobilières et immobilières, et de toutes les dettes actives et passives de la société. Or, ce même art. 34 exige que ces documents, et avec eux le bilan et le compte des profits et pertes, soient mis à la disposition des commissaires le quarantième jour, au plus tard, avant l'assemblée générale.

1661. Tels sont les droits et les pouvoirs dont les commissaires sont armés. Chargés de faire à l'assemblée générale un rapport sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs, ils ont le droit, pour réunir les éléments de ce rapport, de prendre commuication des livres et d'examiner les opérations de la société, non pas pendant le trimestre qui précède l'assemblée des actionnaires, mais seulement pendant soixante-quinze jours, puisque leur rapport doit être prêt quinze jours avant la réunion de cette assemblée (*suprà,* no 1656); et, en outre, dans ces soixante-quinze jours, ils en ont vingt-cinq, à partir du cinquantième, pour étudier et comparer avec les appréciations à tirer de leur propre examen, l'état semestriel, l'inventaire annuel, le bilan et le compte des profits et pertes, tous documents qui doivent être mis à leur disposition. C'est là un minimum de pouvoirs établi par la loi. Il n'en pourrait pas, dès lors, être constitué de moindres par les statuts sociaux; mais rien ne s'opposerait à ce qu'il y fût ajouté. Et s'il convenait à la société d'étendre la surveillance, de lui donner plus d'action, même de la rendre permanente, comme elle l'était pour les sociétés à responsabilité limitée sous l'empire de la loi de 1863, il n'y aurait pas de raison pour que la convention, en ce point, ne dût pas être exécutée (2).

§ III. — DES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

I. 1662. Dans les sociétés anonymes, les assemblées générales des actionnaires ont un pouvoir qui ne peut être limité que par les stipulations du pacte social. — 1663. Il y en a de diverses espèces, les unes dites initiales ou constituantes qui doivent être réunies dans la période de formation de la société : renvoi; — 1664. Les autres qui fonctionnent pendant que la société est en exercice : elles sont ordinaires ou extraordinaires.

---

(1) Voy. le rapport de M. Mathieu (*ibid.*, p. 175).

(2) Voy., en ce sens, MM. Mathieu et Bourguignat (no 249), Alauzet (no 560). — Voy., cependant, M. Romiguière (*Loi de 1863*, p. 122).

1665. *Règles communes*. Toute assemblée générale doit d'abord former son bureau : le mode de formation est généralement déterminé par les statuts. — 1666. Il est tenu une feuille de présence contenant les noms et domicile des actionnaires et le nombre d'actions de chacun, et qui, certifiée par le bureau, est déposée au siége social et communiquée *à tout requérant*. — 1667. Les délibérations sont prises à la majorité des voix, sauf dérogation par les statuts. — 1668. Les actionnaires peuvent se faire représenter par mandataires. — 1669. Procès-verbal est tenu des délibérations, qui, à défaut de signature du procès-verbal, seraient réputées inexistantes.

II. 1670. *Assemblées générales ordinaires*. Il en est tenu au moins une chaque année, à l'époque fixée par les statuts (art. 28). — 1671. Dans les quinze jours qui précèdent la réunion, tout actionnaire peut prendre communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires (art. 35). — 1672. Suite : Où, à qui et comment la communication doit être faite; quelle liste doit être communiquée. — 1673. Tout actionnaire peut, en outre, se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire, et du rapport des commissaires; modifications introduites par la loi de 1867 aux dispositions de celle de 1863 sur ce point. — 1674. Aux frais de qui la copie est-elle délivrée?

V. 1675. Tout actionnaire, en principe, peut faire partie de l'assemblée générale, même celui qui ne serait détenteur d'actions qu'en vertu d'une opération de report : renvoi. — 1676. Cependant les statuts sociaux peuvent mettre et en général mettent des restrictions au droit individuel des actionnaires en déterminant un nombre d'actions dont la possession est nécessaire pour être admis à l'assemblée générale (art. 27). — 1677. Mais, en toute hypothèse, pour qu'une assemblée générale *ordinaire* soit régulièrement constituée, il faut qu'elle soit composée d'un nombre d'actionnaires représentant *le quart au moins* du capital social. — 1678. Si la condition n'est pas remplie, il doit être convoqué une nouvelle assemblée qui, alors, délibère valablement, quelle que soit la portion de capital représentée par les actionnaires présents (art. 29).

V. 1679. Attributions de l'assemblée générale ordinaire : elles touchent à l'organisation de la société et à son administration. Ainsi, et d'abord, l'assemblée nomme, remplace ou réélit les administrateurs dont les pouvoirs sont expirés, et désigne, chaque année, les commissaires pour l'année suivante. — 1680. Ensuite, sur le vu des documents qui doivent lui être présentés, elle statue sur les diverses propositions qui peuvent lui être soumises. — 1681. Enfin, il lui appartient de suppléer à l'action des administrateurs sur les points qui excéderaient leurs pouvoirs.

VI. 1682. *Assemblées générales extraordinaires*. Elles sont appelées à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà de son terme, ou de dissolution avant ce terme (art. 31). — 1683. Ces assemblées ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant *la moitié au moins* du capital social. — 1684. L'assemblée pourrait être réunie à nouveau si la condition n'était pas remplie lors de la première réunion. — 1685. Toutefois, il n'y aurait pas lieu aux tempéraments établis soit par l'art. 29, soit par l'art. 30 : les assemblées extraordinaires, réunies en cas d'insuffisance de la première, ne délibéreraient valablement que sous la même condition quant à leur composition.

VII. 1686. La disposition qui autorise l'assemblée extraordinaire ainsi composée à délibérer sur des modifications aux statuts est exceptionnelle et doit être interprétée restrictivement. — 1687. Dès lors, une telle assemblée pourra voter des modifications de détail portant sur l'objet de la société, mais elle ne pourrait pas changer les conditions fondamentales de la société; — 1688. Ni même décider des modifications aux statuts en dehors des prévisions du pacte social. — 1689, 1690. Suite et applications.

I. — 1662. Dans les sociétés anonymes, les assemblées d'actionnaires sont vraiment prépondérantes. Leur action est en quelque sorte souveraine, en ce sens que, dans tout ce qui n'excède pas les stipulations du pacte social, les décisions légalement prises par la majorité sont obligatoires pour tous : pour les administrateurs d'abord, qui, en droit, sont vis-à-vis de l'assemblée dans un état de subordination complète; pour les actionnaires ensuite, et non-seulement pour ceux

qui ont délibéré et se sont trouvés dans la minorité, mais encore pour ceux qui n'ont pris aucune part à la délibération (1).

1663. De même que dans les sociétés en commandite par actions (*suprà*, n[os] 1514 et suiv.), il y a, pour les sociétés anonymes, deux espèces distinctes d'assemblées générales d'actionnaires : celles qui doivent être réunies dans la période de formation de la société ou avant le commencement des opérations sociales; et celles qui, la société étant constituée, doivent ou peuvent, pendant tout le cours de son existence, être convoquées à certains moments ou en certains cas donnés. Les premières ont pour mission : 1° de vérifier la sincérité de la déclaration imposée aux fondateurs et constatant la souscription du capital et le versement du quart; 2° de vérifier et approuver les apports faits autrement qu'en numéraire et les avantages particuliers consentis à un associé; 3° de nommer les premiers administrateurs et les commissaires pour la première année (art. 24 et 25). De ces assemblées, dites initiales ou constituantes, nous n'avons plus à nous occuper ici. Nous avons exposé en détail tout ce qui les concerne en traitant de la constitution des sociétés (*suprà*, n[os] 982 et suiv., 1061 et suiv.); nous n'avons pas à y revenir. Il ne sera donc question, dans le présent paragraphe, que des assemblées de la seconde espèce.

1664. Celles-ci sont ordinaires ou extraordinaires. Les assemblées générales ordinaires se réunissent périodiquement, à des époques généralement fixées par les statuts, pour suivre, contrôler, et au besoin diriger la marche des affaires sociales. Quant aux assemblées extraordinaires, elles peuvent être réunies exceptionnellement, par exemple quand il y a lieu de délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée ou de dissolution avant ce terme (art. 31). Il y a des règles propres à chacune de ces assemblées générales; nous les exposerons successivement : avant cela, il convient de préciser certaines règles communes à toutes et dont quelques-unes sont indiquées par l'art. 28.

II. — 1665. Dans toute réunion d'actionnaires, l'ordre et la régularité des délibérations exigent qu'il soit d'abord procédé à la formation d'un bureau. La loi est muette sur ce point; elle s'en est rapportée aux statuts, qui manquent rarement, en traitant des assemblées générales, de régler ce qui a trait au bureau et à sa composition. Dans le silence des statuts, l'assemblée elle-même aurait à aviser. Du reste, la composition du bureau ne peut et ne doit guère varier : généralement, il y aura un président avec ses assesseurs pour diriger les délibérations, un secrétaire pour en tenir note et les constater, et des scrutateurs.

1666. Le bureau formé, l'assemblée, quelle qu'elle soit, se livre à l'examen et à la discussion des questions qui lui sont soumises. Aux termes de l'art. 28, correspondant à l'art. 13 de la loi du 23 mai 1863, « les délibérations sont prises à la majorité des voix. — Il est tenu une feuille de présence; elle contient les noms et domicile des actionnaires

---

(1) Voy. Paris, 26 août 1850 (*J. Pal.*, 1851, t. II, p. 112; Dall., 50, 2, 130).

et le nombre d'actions dont chacun d'eux est porteur. — Cette feuille, certifiée par le bureau de l'assemblée, est déposée au siége social et doit être communiquée *à tout requérant.* » Ces dernières prescriptions, relatives à la feuille de présence, au dépôt de cette feuille et à sa communication, sont, comme on le disait au Corps législatif dans la discussion de la loi de 1863, « une sage précaution contre les fraudes dont la tenue de ces assemblées n'est que trop fréquemment l'occasion. » (1) On ne peut se dissimuler, toutefois, que dans ces détails, trop minutieux peut-être, il en est qu'on peut considérer comme dépassant la juste mesure. Par exemple, on ne s'explique pas bien, même au point de vue où la loi s'est placée, la nécessité, non-seulement de déposer la liste de présence au siége social, mais encore de la communiquer *à tout requérant,* ce qui implique l'idée qu'une personne même étrangère à la société aura le droit d'exiger cette communication. Il eût été bon de dire que, pour obtenir communication de la liste, il faudrait justifier au moins de la qualité d'actionnaire.

1667. Quant à la première disposition de l'art. 28, elle rappelle uniquement une règle commune à toutes les assemblées délibérantes. Dans toutes, en effet, les délibérations sont prises à la majorité des voix, c'est-à-dire la moitié plus un des membres présents. Mais il convient d'ajouter qu'il peut être dérogé à cette règle par les statuts. Et, en effet, les dérogations sont fréquentes. Il arrive souvent, notamment pour les assemblées appelées à délibérer sur des modifications aux statuts (*infrà,* nos 1682 et suiv.), que la majorité nécessaire pour donner à la délibération le caractère obligatoire est portée, par la convention, aux deux tiers, aux trois cinquièmes des actionnaires composant l'assemblée.

1668. Les actionnaires peuvent se faire représenter par mandataire aux assemblées générales. Cela a été contesté, nous l'avons dit plus haut, en ce qui concerne les assemblées initiales appelées à vérifier et approuver les apports autres qu'en numéraire et les avantages particuliers (*suprà,* n° 1003). Mais il est de droit commun, dans notre législation, que tout acte juridique peut être l'objet d'un mandat; il n'y a d'exception que dans les cas où la loi ordonne expressément que l'acte soit fait par la personne elle-même. Or, loin qu'elle impose à l'actionnaire l'obligation d'être présent par lui-même à l'assemblée, la loi spéciale, par son texte même (art. 27), suppose qu'il peut y être représenté par mandataire. Et, de fait, les statuts des sociétés anonymes autorisent, en général, la représentation. Seulement, pour éviter autant que possible l'introduction d'étrangers dans les affaires de la société, on a soin d'y stipuler que tout associé qui se fera représenter aux assemblées devra donner sa procuration à des actionnaires.

1669. Procès-verbal doit être tenu des délibérations prises en assemblée générale. Cela aussi est généralement exigé par les statuts, qui, en

(1) Voy. le rapport de M. du Miral (Tripier, *Loi de 1863*, p. 49.

outre, prescrivent que le procès-verbal soit signé par les membres du bureau. La signature de tous n'est pas toujours requise; le plus souvent même celles du président et du secrétaire sont seules exigées. Quoi qu'il en soit, le procès-verbal doit être signé; dépourvu de signature, il ne saurait faire foi en justice; il serait même réputé non existant. Non-seulement, a dit la Cour de Lyon, la délibération est nulle à défaut de signature, mais encore elle n'existe pas; car tout acte dont la minute n'est pas signée n'a aucune existence légale. Les déclarations particulières de ceux qui auraient dû signer ne peuvent effacer un vice aussi radical; car la mémoire peut faillir sur les détails importants de rédaction; et, d'autre part, il ne peut dépendre de celui qui a manqué à son devoir, en ne signant pas, de faire vivre un acte ou de le laisser dans le néant (1).

Ces points précisés, nous passons aux détails relatifs aux diverses espèces d'assemblées d'actionnaires.

III. — 1670. *Assemblées générales ordinaires.* Dans les sociétés anonymes, de même que dans les commandites par actions (*suprà*, n° 1516), l'assemblée générale des actionnaires doit être réunie au moins une fois chaque année (art. 27). L'assemblée se réunit à l'époque fixée par les statuts; elle a pour objet, nous le verrons tout à l'heure, de délibérer sur les affaires sociales et de les discuter. Tout actionnaire admis à cette assemblée y vient donc avec son droit de contrôle; et, pour qu'il puisse l'exercer en connaissance de cause, le législateur consacre en sa faveur un droit semblable à celui que l'art. 12 donne aux commanditaires (*suprà*, n° 1517).

1671. Aux termes de l'art. 35, « quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, tout actionnaire peut prendre, au siége social, communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires, et se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires. » La disposition est empruntée à la loi du 23 mai 1863, dont l'art. 18 exigeait que *quinze jours au moins* avant la réunion de l'assemblée générale une copie du bilan et du rapport des commissaires *fût adressée* à chacun des actionnaires connus et déposée au greffe du Tribunal de commerce, et ajoutait que tout actionnaire pourrait, en outre, prendre au siége social communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires. Toutefois, les rédacteurs de la loi actuelle n'ont pas pris garde que, par suite d'une modification dans le mode de communication, la formule, juste dans le texte de 1863, n'était plus rigoureusement exacte dans celui de 1867. Quand la loi prescrivait l'*envoi et le dépôt* d'une copie des documents précisés, il convenait de dire que cela aurait lieu *quinze jours au moins* avant la réunion de l'assemblée générale, de manière à ce que les actionnaires eussent le temps de faire par avance un utile examen (2). Mais la loi de 1867 sub-

(1) Lyon, 26 nov. 1863 (*J. Pal.*, 1864, p. 951; S.-V., 64, 2, 202; Dall., 64, 2, 233).
(2) Voy. le rapport de M. du Miral (Tripier, p. 50).

stitue à une *obligation de faire* imposée à la société le droit pour les actionnaires de venir au siége social prendre les communications autorisées ou prescrites : la même formule, dès lors, ne rend plus exactement la pensée du législateur, puisque, prise à la lettre, elle signifierait que, le quinzième jour expiré avant la réunion de l'assemblée générale, les actionnaires ne pourront plus exercer le droit à eux conféré (1). Quoi qu'il en soit, la pensée de la loi, sinon son texte, est sans équivoque possible; le législateur entend que, *dans les quinze jours* qui précéderont la réunion de l'assemblée générale, et jusqu'au jour même de la réunion, les actionnaires pourront, quand ils le voudront, venir au siége social demander ou prendre communication des pièces et documents.

1672. Le droit est consacré en faveur de tous les actionnaires sans réserve. Il se peut cependant qu'ils ne soient pas tous admis à l'assemblée générale (*infrà*, n° 1676). La loi ne tient pas compte de cela. Elle aurait pu, et peut-être aurait-elle dû restreindre le droit ou n'en accorder l'exercice qu'à ceux qui seront appelés à délibérer et à voter dans l'assemblée générale. Elle ne l'a pas fait; elle a voulu, au contraire, que *tout* actionnaire pût faire usage du droit consacré. Ainsi, qu'il ait ou qu'il n'ait pas droit de vote, tout actionnaire peut prendre communication, au siége social, de l'inventaire et *de la liste des actionnaires.*

Notre art. 35 ne précise pas plus que l'art. 18 de la loi de 1863, dont il est en ce point la reproduction exacte et littérale, quelle est la liste d'actionnaires dont il entend parler. Néanmoins, la raison même indique que ce ne peut pas être celle que suppose l'art. 27 (*suprà,* n° 1666), laquelle, devant être formée des noms des actionnaires présents à l'assemblée, ne saurait être dressée quinze jours avant la réunion de cette assemblée. C'est donc la liste générale, la liste nominative, qui, aux termes de l'art. 55, doit, lorsque la société est anonyme, être annexée à l'acte constitutif déposé aux greffes de la justice de paix et du Tribunal de commerce (*suprà,* n° 1144).

1673. En outre, tout actionnaire a le droit de se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires. Le projet présenté par le gouvernement reproduisait, également sur ce point, la loi de 1863, qui exigeait l'*envoi et le dépôt* de ces mêmes documents. Mais, dit la commission du Corps législatif, l'*envoi à chacun des actionnaires connus* atteindrait-il bien le but que la loi se propose? Quels seront les actionnaires connus; à quels signes certains les distinguera-t-on; sera-ce ceux qui, les années précédentes, ont figuré dans les assemblées générales? Mais qui sait s'ils ont ou non aliéné leurs titres, s'ils ont changé de demeure? Il y a là une source de difficultés qu'il était désirable de tarir. Il a semblé que l'on conciliait le vœu de la loi avec le désir d'épargner aux administrateurs des procès que leur bonne volonté ne réussirait pas toujours à prévenir, en substituant à l'obligation d'envoyer des copies le droit pour les actionnaires de les prendre

(1) Voy. M. Alfred de Courcy (p. 140 et suiv.).

au siége social (1). La substitution, admise par le gouvernement, a été votée sans difficulté par le Corps législatif. Seulement, par une exigence analogue à celle qui s'est produite à propos de l'art. 12 (*suprà*, n° 1517), on demandait que l'actionnaire pût obtenir aussi communication du rapport des administrateurs. La proposition a été écartée, heureusement, dit-on, car un conseil d'administration doit pouvoir, en raison des circonstances commerciales qui peuvent se produire et modifier les communications à faire à l'assemblée, changer son rapport jusqu'à la dernière minute qui précède la réunion (2). Que le Corps législatif ait été déterminé au rejet par cette considération ou par toute autre, toujours est-il que les actionnaires ne pourront avoir connaissance du rapport des administrateurs que devant l'assemblée réunie, les communications anticipées étant limitées aux seuls documents indiqués dans l'art. 35.

1674. Les frais de la communication, en ce qui concerne la copie du bilan et du rapport des commissaires, sont à la charge de la société. S'ils doivent être supportés par l'actionnaire dans le cas de l'art. 12 (*suprà*, n° 1519), c'est que ce dernier article lui donne seulement le droit *de prendre communication* de ces documents au siége social. Il est juste, dès lors, que celui qui, allant au delà, prend des extraits ou des copies, paye les frais occasionnés par l'extension que, dans son intérêt propre, il donne à son droit. Il n'en est plus ainsi dans le cas de l'article 35, qui autorise l'actionnaire à demander la copie et en rend la délivrance obligatoire pour la société. Ici, l'actionnaire, en la demandant, use de son droit dans la mesure même où il est établi. Et on peut dire que la loi de 1867 n'a pas changé les situations sous ce rapport en substituant le mode auquel elle s'est arrêtée à l'envoi qui, d'après la loi de 1863, devait être fait à chacun des actionnaires connus. Or, il est hors de doute qu'à la société seule devaient incomber les frais de cet envoi (3).

IV. — 1675. En principe, tout actionnaire a le droit de figurer aux assemblées générales et d'y voter. La question, nous l'avons vu plus haut, s'est élevée de savoir si ce droit devrait être reconnu même à ceux qui ne seraient détenteurs d'actions qu'en vertu d'une opération de report (*suprà*, n° 1552). Nous aurions, pour notre part, incliné à la résoudre négativement, en ce que le report, bien qu'il affecte la forme d'un achat et d'une vente, diffère au fond de ces opérations et constitue en réalité *un prêt sur nantissement*. Mais rappelons, sans revenir autrement sur la question, que la jurisprudence est contraire : elle considère le reporteur comme *propriétaire* des titres par lui achetés. Et, en conséquence, elle admet que, comme tout porteur d'actions, il peut assister et voter aux assemblées générales en vertu des principes généraux qui donnent à tout actionnaire le droit d'y figurer (4).

---

(1) Tripier (*Loi de 1867*, t. I, p. 175).
(2) Voy. M. Alfred de Courcy (p. 145).
(3) Voy., en ce sens, M. Bédarride (n° 434).
(4) Paris, 19 avr. 1875 (Dall., 75, 2, 161; S.-V., 76, 2, 113; *J. Pal.*, 1876, p. 467).

1676. Toutefois, la loi consacre la faculté pour les fondateurs ou les rédacteurs des statuts d'organiser comme ils l'entendent la représentation des actionnaires dans les assemblées générales ordinaires. « Les statuts, est-il dit à l'art. 27, § 1er, déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire, pour être admis dans l'assemblée, et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire, eu égard au nombre d'actions dont il est porteur. » Dans ce texte apparaît tout d'abord le droit (dont nous parlions tout à l'heure, *suprà*, n° 1668), pour tout actionnaire, de se faire représenter par mandataire à l'assemblée. En cela, d'ailleurs, la loi suit les données de la pratique; et elle n'ajoute ni ne retranche rien aux usages reçus, lesquels consistent ordinairement à n'autoriser la représentation d'un actionnaire que par un autre actionnaire ayant lui-même le droit de voter, et parfois à exiger qu'un même mandataire ne puisse voter que pour un seul mandant.

Mais l'art. 27 touche à deux autres points, l'un relatif à la composition de l'assemblée, l'autre à la répartition des voix. La disposition, bien qu'également conforme à l'usage en cela, n'a pas été admise, cependant, sans quelque difficulté. Pour faire partie d'une assemblée générale, disait-on à l'appui d'un amendement proposé, il faut posséder un certain nombre d'actions, dix, vingt, quarante, même soixante. Dans certaines sociétés, la Banque de France, par exemple, il faut faire partie des deux cents plus forts actionnaires pour pouvoir prendre part à l'assemblée générale, ce qui réduit le système à l'absurde, car il est impossible qu'un actionnaire puisse savoir à temps, pour se faire inscrire utilement, s'il est au nombre des deux cents. Ces actionnaires censitaires n'ont pas le même nombre de voix, et, suivant l'intérêt plus ou moins grand qu'ils ont dans la société, ils ont un nombre de voix plus ou moins élevé, dont le maximum est fixé, en général, à dix. Il importe de s'arrêter dans cette voie et de revenir aux principes du droit commun. Il faut donc qu'aucun actionnaire ne puisse être empêché d'assister aux assemblées générales ordinaires (et c'est ce qui a lieu pour les assemblées appelées à vérifier les apports, etc., *suprà*, nos 1006 et suiv.); il faut, en outre, que l'actionnaire n'ait qu'une voix, chaque actionnaire, quelle que soit son importance, ayant un droit égal à imprimer une bonne direction à l'administration de la société (1).

L'amendement n'a pas été pris en considération, et, on le conçoit sans peine, au moins en ce qui concerne le premier point. Il y a des sociétés anonymes dont le capital est tellement divisé, et dont les actions sont entre tant de mains, qu'ouvrir l'accès des assemblées annuelles à tous les actionnaires, ce serait s'exposer à avoir des réunions tumultueuses dans lesquelles il serait à peu près impossible de discuter utilement et de délibérer. Il y avait donc un intérêt véritable à laisser aux statuts le soin d'aviser, à cet égard, d'après les circonstances et

---

(1) Voy. les observations de M. de Janzé, auteur de l'amendement (Tripier, t. II, p. 174 et suiv.).

suivant l'importance et la division du capital. Et l'on peut croire que s'ils établissent ce qu'on a appelé un *cens électoral,* ce sera, non point pour les sociétés qui comptent peu d'actionnaires, mais pour celles dont le capital divisé en petites actions a ou peut avoir des actionnaires sans nombre. — Sur l'autre point, le rejet de l'amendement s'explique moins peut-être. On comprend difficilement, en effet, qu'un actionnaire, dès qu'il a le nombre nécessaire d'actions pour être admis à l'assemblée générale, y vienne avec un droit moindre que tel autre actionnaire dont le nombre d'actions est supérieur. L'objection tirée de ce que les porteurs de cinquante ou de cent actions, par exemple, a dix ou vingt fois plus d'intérêt à la bonne administration de la société que celui qui a dix ou quinze actions seulement, n'a qu'une valeur relative. On répondait justement que le petit intérêt de l'actionnaire porteur de dix ou quinze actions peut être plus considérable pour lui que ne l'est, dans la même affaire, le gros intérêt de celui qui en a cent ou davantage. Quoi qu'il en soit, le législateur a cru devoir sanctionner la pratique, et, en laissant aux sociétés la liberté de déterminer par les statuts le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire eu égard au nombre d'actions dont il est porteur, il n'a pas même voulu restreindre cette liberté par l'indication d'un maximum, ainsi qu'il l'a fait pour les assemblées dites constitutives, dans lesquelles l'actionnaire prend part à la délibération avec le nombre de voix *déterminé par les statuts, sans qu'il puisse être supérieur à dix* (*suprà,* n° 1006). Le maximum sera donc, dans les assemblées ordinaires, celui que les statuts auront fixé. A défaut de stipulation sur ce point, comme aussi sur le nombre nécessaire d'actions, pour être admis aux assemblées générales ordinaires, il s'en faudrait tenir au droit commun : dès lors, tout actionnare serait admissible à l'assemblée générale, et, quel que fût le nombre de ses actions, son vote ne pourrait être accepté que pour une voix.

1677. Mais, en toute hypothèse, les assemblées générales ne sont régulièrement constituées et ne peuvent délibérer valablement qu'autant que les actionnaires dont elles sont composées représentent une certaine quotité du capital social. Cette quotité varie suivant la nature des délibérations que l'assemblée a pour objet. En ce qui concerne les assemblées ordinaires dont il s'agit ici, elle est fixée par l'art. 29, § 1er, d'après lequel ces assemblées doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant *le quart au moins* du capital social.

1678. Si l'assemblée générale ne réunit pas ce nombre, une nouvelle assemblée est convoquée, et elle délibère valablement, quelle que soit la portion du capital représentée par les actionnaires présents. L'article 29, § 2, qui le décide ainsi, est, en ce point comme sur le précédent, la reproduction de l'art. 14 de la loi de 1863. Seulement, ce dernier article ne contenait aucune indication en ce qui concerne le délai dans lequel il conviendrait de convoquer la nouvelle assemblée. L'article 29 de la loi actuelle précise que la convocation devra être faite dans les formes et avec les délais prescrits par les statuts.

V. — 1679. L'assemblée générale ordinaire a des attributions qui

ouchent à l'organisation même de la société et à son administration. Rappelons, quant à l'organisation, que l'assemblée générale ordinaire a pour mission de nommer, de remplacer ou de réélire les administrateurs dont les pouvoirs sont expirés (*suprà*, n° 1662), et de désigner chaque année le commissaire ou les commissaires pour l'année suivante (n° 1653), sauf l'exception relative aux premiers administrateurs et aux commissaires pour la première année, dont la nomination appartient à une assemblée spéciale (*suprà*, n° 1062).

1680. Quant à l'administration, l'assemblée générale des actionnaires exerce, on peut le dire, un pouvoir qui n'est et ne peut être limité que par les stipulations du pacte social. L'inventaire annuel, le bilan et le compte des profits et pertes, doivent d'abord lui être présentés (art. 34, *in fine*); elle entend la lecture tant du rapport des commissaires sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes (art. 32), que du rapport des administrateurs. Après quoi, délibérant, elle statue sur les diverses propositions qui lui sont soumises, soit au sujet des dividendes, soit sur tout autre objet touchant à l'administration; et les décisions qu'elle prend sont obligatoires pour tous les associés (1).

1681. Enfin, il appartient aux assemblées générales ordinaires non-seulement de statuer sur les points qui lui sont expressément réservés par les statuts, mais encore de suppléer à l'action des administrateurs en tout ce qui, dans ce domaine de l'administration, excéderait leurs pouvoirs. La Cour de cassation décide en ce sens que l'assemblée générale des actionnaires, alors d'ailleurs qu'elle est régulièrement constituée, a le droit d'autoriser un emprunt avec affectation hypothécaire des immeubles faisant partie de l'actif social, bien que le cas n'ait pas été prévu d'une manière spéciale par l'acte de société; et qu'un pareil emprunt est valable à l'égard de tous les associés, même de ceux qui forment la minorité opposante (2).

VI. — **1682.** *Assemblées générales extraordinaires.* Ce sont celles qui au cours des opérations sociales peuvent être appelées à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du temps fixé pour sa durée ou de dissolution avant ce terme.

1683. Il s'agit là de choses non prévues à l'origine, et en quelque sorte de conventions nouvelles; elles devraient donc, à la rigueur, être consenties par l'unanimité des actionnaires, une convention ne pouvant, en principe, se former que par l'accord de toutes les parties intéressées. Mais, a-t-on dit justement dans la discussion de la loi, comment, en présence d'une société de capitaux divisés en un nombre infini

---

(1) Il a été décidé que lorsque les comptes de l'administration ont été approuvés par l'assemblée générale, les actionnaires ne sont pas recevables individuellement à réclamer la communication des registres et pièces de comptabilité pour se soustraire aux effets d'une délibération prise par le conseil d'administration, spécialement d'une délibération décrétant un appel de fonds. Paris, 26 août 1850 (*J. Pal.*, 1851, t. II, p. 112; Dall., 50, 2, 130).

(2) Rej., 7 mai 1844 (*J. Pal.*, à sa date; S.-V., 45, 1, 53; Dall., 51, 5, 494).

d'actions, réunir la totalité des actionnaires et obtenir le consentement de tous? Et fallait-il qu'en raison de cette impossibilité matérielle la société renonçât à introduire dans son fonctionnement des modifications dont l'intérêt et la nécessité seraient avérés? On ne l'a pas pensé; de là le tempérament consacré par l'art. 31, lequel, s'attachant à la proportion fixée par l'art. 30 relatif aux assemblées initiales ou constitutives (*suprà,* n° 1001), dispose que les assemblées extraordinaires dont il s'agit ici seront régulièrement constituées et délibéreront valablement, pourvu qu'elles soient composées d'un nombre d'actionnaires représentant *la moitié au moins* du capital social.

1684. Mais, à la différence soit de l'art. 30, soit même de l'art. 29 (*suprà,* n° 1678), l'art. 31 n'a pas prévu le cas où il n'y aurait pas à la première réunion un nombre d'actionnaires suffisant à représenter la moitié du capital social. Pourrait-il être stipulé que l'assemblée serait convoquée à nouveau, en ce cas, et que la délibération serait valable soit avec le cinquième du capital, comme pour les assemblées initiales ou constitutives (art. 30, *in fine*), soit avec toute autre fraction, ou même quel que soit le nombre des associés présents, comme pour les assemblées ordinaires (art. 29, § 2)? La question est complexe; et il faut diviser. Qu'une seconde, même une troisième réunion de l'assemblée extraordinaire puisse être provoquée si, à défaut du nombre, les premières n'ont pas pu délibérer valablement, on doit l'admettre; et cela a été nettement reconnu dans la discussion de la loi. On proposait d'ajouter à l'art. 31 et de dire que lorsque, dans ces assemblées générales, la moitié au moins des actions n'aurait pas été représentée, les délibérations prises pourraient être rendues valables par des adhésions postérieures écrites et portant le nombre d'actions ayant consenti à la moitié plus une du capital social (1). Le moyen a été écarté. Pourquoi? Parce que, suivant l'explication fournie par le commissaire du gouvernement, « il y a un autre procédé non moins pratique et qui aura moins d'inconvénients. Il consiste *à convoquer une seconde assemblée générale,* après avoir pris le soin de rechercher les actionnaires qui ne sont pas venus à la première, et de leur demander un pouvoir pour les représenter à la seconde s'ils ne peuvent pas y venir... *Voilà ce qu'autorise la loi, sans y rien ajouter.* » Il a donc été dans la pensée du législateur d'autoriser la convocation d'une seconde assemblée si la moitié du capital social n'a pas été représentée à la première.

1685. Mais on ne saurait aller au delà; et il faut tenir que cette seconde assemblée ne délibérera valablement que sous les conditions déterminées par l'art. 31, c'est-à-dire qu'autant qu'elle sera composée d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. La solution s'impose; elle résulte du simple rapprochement des

(1) Ce moyen, proposé par M. Chevandier de Valdrôme, était emprunté aux statuts de la société de Saint-Gobain, datant de 1858, et où il avait été consigné par le conseil d'État lui-même (Tripier, t. II, p. 188 et suiv.). Il est préconisé encore dans la doctrine comme admissible et très-satisfaisant en pratique. Voy. notamment M. Alfred de Courcy (p. 128).

textes. L'art. 29, prévoyant un premier échec pour les assemblées générales ordinaires, dispose que la seconde assemblée, dont il autorise la convocation, délibérera valablement, *quelle que soit la portion du capital représentée par les actionnaires présents* (*suprà,* n° 1678). L'art. 30, se plaçant dans la même hypothèse en ce qui concerne les assemblées initiales ou constitutives, dit expressément que les résolutions deviennent définitives *si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social.* Or, le législateur n'a rappelé ni l'un ni l'autre de ces tempéraments dans l'art. 31; il n'en a indiqué aucun autre. C'est donc qu'il a entendu n'en admettre aucun. Et cela se comprend à merveille quand on songe à l'excessive gravité des mesures prévues audit article. Il ne faut pas que de telles mesures, pour lesquelles, à la rigueur, l'assentiment unanime des associés serait nécessaire, puissent, en aucune hypothèse, être imposées à la société par une insignifiante majorité. Dans les termes de l'art. 31, cette majorité peut déjà être bien faible, puisque, étant donnée une assemblée dans laquelle la moitié seulement du capital social se trouve représentée, le vote d'actionnaires représentant le quart suffirait à la constituer. La loi n'a pas dû vouloir et n'a réellement pas voulu qu'elle pût jamais descendre au-dessous. C'est pourquoi il faut dire que, soit du premier coup, soit en s'y reprenant, l'assemblée appelée à statuer sur les mesures dont il s'agit ne pourra délibérer valablement que si elle est composée d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social.

VII. — 1686. Encore même faut-il considérer comme tout à fait exceptionnelle une disposition qui aboutit à ce résultat de permettre que, sur des points essentiels touchant à l'existence même de la société, une simple majorité représentant seulement le quart du capital social impose ses résolutions aux actionnaires qui représentent les trois autres quarts. La disposition doit donc être interprétée restrictivement.

1687. Ainsi, pour ne parler que des modifications aux statuts, et en laissant de côté la continuation et la dissolution anticipée de la société dont il sera question au titre suivant, l'art. 31 doit s'entendre seulement des modifications de détail portant sur l'objet de la société, de celles qui restreignent ou étendent l'effet des clauses du pacte social, et nullement de celles qui toucheraient aux conditions fondamentales de la société et en changeraient l'essence. Les modifications de cette dernière espèce auraient pour résultat la création d'une société nouvelle (*suprà,* n° 1085); par cela même, elles restent en dehors des prévisions de l'art. 31, et, dès lors, elles ne sauraient être introduites que du consentement de tous les associés (1).

1688. Il y a plus : en accordant à une assemblée d'actionnaires représentant la moitié du capital social le droit de voter des modifications

---

(1) Voy. Cass., 14 févr. 1853 (S.-V., 53, 1, 424; Dall., 53, 1, 44; *J. Pal.*, 1854, t. I, p. 459); Orléans, 20 juill. 1853 (*J. Pal.*, loc. cit.; S.-V., 53, 2, 485; Dall., 54, 2, 30); Cass., 17 avr. 1855 (Dall., 55, 1, 213; *J. Pal.*, 1855, t. I, p. 598; S.-V., 55, 1, 652).

obligatoirement pour tous, cet article a eu certainement en vue le cas où la faculté de modifier le pacte social a été réservée à la société par les statuts (*suprà,* n° 1086). Déjà, sous le Code de commerce, il était admis que l'assemblée générale ne pouvait, *à moins que le droit de modification des statuts lui eût été réservé par les statuts de la société,* déroger aux clauses du pacte social qu'autant que la dérogation était votée par l'unanimité des actionnaires (1). Il est également vrai de dire, aujourd'hui, qu'en dehors des prévisions du pacte social, une modification des statuts ne serait possible qu'à la condition d'être consentie par tous les associés.

1689. Et, fût-il même réservé, ce pouvoir de modifier les statuts, étant une dérogation aux conditions du contrat dans lequel les parties se sont engagées, doit être interprété d'une manière restrictive. Par exemple, le pacte social précise et spécifie certains objets sur lesquels il permet aux assemblées générales de modifier les statuts; le pouvoir de modification ne saurait, en dehors de ces objets, s'appliquer qu'à des changements qui se feraient dans les limites des règles d'administration ou d'organisation, sans altérer les bases constitutives de la société de manière à altérer l'essence du pacte social. Ainsi a dit la Cour de Paris dans un arrêt récent aux termes duquel, bien que les statuts permettent de modifier l'importance du capital social et la forme ou la coupure des actions, l'assemblée générale ne peut ordonner la création d'actions dites de priorité devant jouir d'un prélèvement d'intérêt et d'autres avantages, alors que, d'après les statuts, se référant d'ailleurs à l'art. 34 du Code de commerce, l'action devait donner droit à un partage égal de bénéfices (2). Et, en effet, c'est un des caractères de la société anonyme que le capital y soit divisé en actions *de valeur égale* (C. comm., article 34). D'un autre côté, c'est une condition essentielle du contrat que l'action donne droit à un partage égal de bénéfices. Or, la création d'actions nouvelles conférant aux souscripteurs des droits spéciaux auxquels il devrait être satisfait avant toutes attributions aux actions anciennes, constitue évidemment une dérogation à ces bases constitutives de la société et aux conditions substantielles qui lient les associés entre eux et avec la société. On conçoit, dès lors, qu'une telle dérogation ne saurait être valable qu'à la condition d'être établie par le concours de toutes les volontés.

1690. Rappelons, en terminant, qu'il en doit être de même en ce qui concerne les conventions par lesquelles des sociétés différentes se réunissent et fusionnent entre elles. Nous l'avons dit plus haut, si la fusion n'a pas été prévue par les statuts, une majorité, quelle qu'elle soit, serait insuffisante : la fusion ne serait valablement délibérée et obligatoire qu'autant qu'elle aurait été votée par l'unanimité des actionnaires (*suprà,* n°s 1090 et suiv.).

---

(1) *Comp.* Paris, 1er août 1868 (Dall., 68, 2, 65).
(2) Paris, 19 avr. 1875 (S.-V., 76, 2, 213; *J. Pal.*, 1876, p. 467; Dall., 75, 2, 161).

§ IV. — SANCTIONS DES PRESCRIPTIONS DE LA LOI RELATIVES AU FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ.

SOMMAIRE.

I. 1691. De même que pour les sociétés en commandite par actions, les règles relatives au fonctionnement des sociétés anonymes sont édictées sous des sanctions soit civiles, soit pénales.

II. 1692. SANCTIONS CIVILES. 1° Nullité de certains actes : renvoi. — 1693. 2° Responsabilité civile; elle peut être encourue par les commissaires et par les administrateurs : art. 43 et 44.

III. 1694. *Des commissaires :* ils sont responsables de la bonne exécution de leur mandat. — 1695. Les effets de leur responsabilité sont déterminés d'après les règles générales du mandat. — 1696. Conséquences et applications. — 1697. D'après le texte de la loi, les commissaires ne seraient responsables qu'envers la société; néanmoins, ils sont responsables aussi vis-à-vis des tiers. — 1698. Sont-ils responsables solidairement?

IV. 1699. *Des administrateurs :* causes et caractère de leur responsabilité. — 1700. Ils sont responsables soit des infractions aux dispositions de la loi, — 1701. Ou des statuts; — 1702. Soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion : à cet égard, la difficulté se résume toujours en une question de fait.

V. 1703. Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas.

VI. 1704. Ils sont responsables envers la société et envers les tiers. — 1705. Vis-à-vis de la société, ils sont, comme mandataires, tenus dans les termes de l'art. 1992. — 1706. C'est à la société qu'appartient l'action en responsabilité. — 1707. La société y peut, dès lors, renoncer directement ou même indirectement en ratifiant l'acte de l'administrateur. — 1708. En cas de renonciation par la société, aucun actionnaire ne peut plus exercer l'action.

VII. 1709. Vis-à-vis des tiers, les administrateurs sont responsables dans les termes du droit commun de l'art. 1382 du Code civil. — 1710. Applications : responsabilité envers les créanciers sociaux en cas de diminution du capital social, — 1711. Ou d'acquisition d'actions sur la foi de rapports mensongers : l'abandon de son action par la société n'en laisserait pas moins subsister, en ce cas, celle du tiers devenu actionnaire; — 1712. Ou d'excès de pouvoir dans l'exercice du mandat : l'exception de l'art. 1997 serait-elle opposable en ce cas? — 1713. Dans ces diverses hypothèses, l'action des tiers est individuelle. Conséquences : la responsabilité est mesurée au préjudice éprouvé. — 1714. Suite : l'action, personnelle au tiers lésé, ne passe pas à ses ayants droit à titre particulier.

VIII. 1715. SANCTIONS PÉNALES. L'art. 45 contient deux dispositions. Renvoi quant à la dernière relative à la répétition de dividendes fictifs et à la prescription de l'action. — 1716. La première rend communes aux sociétés anonymes les peines édictées, en matière de commandite par actions, à raison de certains faits, notamment la création frauduleuse d'une majorité factice dans les assemblées et la distribution de dividendes fictifs : renvoi. — 1717. Les dispositions pénales sont applicables à toutes les sociétés anonymes, sans distinction entre celles qui existaient au moment de la promulgation de la loi et celles qui s'établissent sous son empire.

I. — 1691. Après avoir posé des règles particulières pour le fonctionnement des sociétés anonymes, le législateur s'est attaché à en assurer autant que possible l'exacte observation. A cet effet, et comme pour les sociétés en commandite par actions dont il a été question au chapitre précédent, il a établi des sanctions spéciales, des responsabilités de diverse nature contre ceux qui dans la marche des opérations sociales manqueraient aux devoirs de la charge à laquelle ils sont préposés. De même qu'en matière de commandites par actions (*suprà*, nos 1521 et suiv.), ces sanctions sont soit civiles, soit pénales.

II. — 1692. SANCTIONS CIVILES. Le système de la loi, en ce point,

n'est pas celui qu'elle a suivi pour les infractions aux prescriptions touchant la *constitution* même de la société. La sanction première et principale, quant à ces dernières infractions, est la nullité de la société elle-même (art. 7 et 41, *suprà,* nos 1233 et suiv.); la responsabilité pécuniaire encourue par ceux à qui la nullité peut ou doit être imputée est une seconde sanction civile qui a sa cause et son principe dans la première (art. 8 et 42, *suprà,* nos 1278 et suiv.). Les infractions aux prescriptions de la loi touchant le fonctionnement de la société ne comportaient évidemment pas la même sanction. La société étant régulièrement constituée, il ne pouvait être question d'en prononcer la nullité à raison d'irrégularités commises au cours de ses opérations. Tout au plus pouvait-il y avoir lieu de déclarer nul l'acte irrégulièrement accompli; et c'est, en effet, le parti auquel le législateur s'est arrêté, au moins pour certains actes irréguliers, sinon pour tous. Ainsi, par l'art. 32, qui fixe les attributions de l'assemblée générale annuelle, il déclare nulle la délibération contenant approbation du bilan et des inventaires, si elle n'a été précédée du rapport des commissaires (*suprà,* n° 1653); par l'art. 61, il soumet aux pénalités de l'art. 56, c'est-à-dire à la nullité, tous actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts, la continuation de la société ou sa dissolution anticipée, s'ils ne sont pas publiés (*suprà,* nos 1186 et suiv.); par l'art. 38, il permet de faire prononcer, non point la nullité, mais la dissolution de la société, lorsqu'un an s'est écoulé depuis l'époque où le nombre des associés est réduit à moins de sept (*suprà,* n° 1060). C'est la responsabilité pécuniaire qui, pour les infractions aux prescriptions de la loi relatives au fonctionnement de la société, est la véritable sanction civile.

1693. Aux termes de l'art. 43, « l'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires envers la société sont déterminés d'après les règles générales du mandat. » L'art. 44 dit ensuite : « Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs. » Ainsi, les personnes dont la responsabilité civile peut être engagée dans les sociétés anonymes sont les commissaires et les administrateurs; et le texte même indique la nécessité de préciser distinctement quels sont le caractère, les causes et les effets de la responsabilité des uns et des autres.

III. — 1694. *Des commissaires.* Ils sont naturellement responsables de la bonne exécution de leur mandat. Ce qu'est ce mandat et en quoi il consiste, nous l'avons dit dans l'un des paragraphes qui précèdent (*suprà,* nos 1652 et suiv.). Il suffit de s'y reporter pour reconnaître quelles peuvent être, en ce qui concerne les commissaires, les causes de la responsabilité. Ajoutons seulement que, surveillants, comme les membres du conseil de surveillance dans les sociétés en commandite, et responsables au même titre que ces derniers, leur responsabilité, en

ait, sera nécessairement moindre, en ce que leur action ou leur surveillance est limitée dans sa durée (n° 1658), et que, dès lors, ils ne pourront pas être recherchés à raison des faits accomplis en dehors de la période déterminée.

1695. Quant à l'étendue et aux effets de la responsabilité, ils s'induisent des termes mêmes de l'art. 43 : les commissaires sont responsables *d'après les règles générales du mandat*. En cela, la loi de 1867 a consacré le principe, déjà posé et suivi avant sa promulgation, alors que la surveillance des sociétés anonymes, bien que généralement réglée par les statuts sociaux, n'était pas encore législativement organisée. La Cour de Colmar jugeait, en ce sens, que les censeurs étaient responsables *des fautes* par eux commises dans la mission de surveillance à laquelle ils étaient préposés, spécialement du défaut d'examen des livres et des comptes courants (1).

1696. La conséquence du principe est, en effet, que les commissaires doivent répondre non-seulement de leur dol, mais encore de leur faute. Leur bonne foi ne suffirait pas, dès lors, à les mettre à l'abri de la responsabilité; et, leurs fonctions fussent-elles gratuites, ils n'en resteraient pas moins responsables (2). Toutefois, comme mandataires de la société, ils auraient, en ce dernier cas, le bénéfice de l'art. 1992 du Code civil, d'après lequel la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire.

Sur ces divers points, l'application de la loi est sans difficulté. Mais deux questions se sont élevées qui ont donné lieu à quelque controverse; ce sont les questions de savoir : 1° si les commissaires, mandataires de la société, et à ce titre responsables *envers elle,* sont responsables aussi envers les tiers de qui ils n'ont reçu aucun mandat; 2° si, lorsqu'ils sont plusieurs, ils sont responsables solidairement.

1697. Sur la première question, les textes, à première vue, semblent décisifs. Les art. 43 et 44 s'occupent distinctement, on l'a vu plus haut, de la responsabilité des commissaires et de celle des administrateurs. Or, tandis que, relativement à ces derniers, l'art. 44 les déclare responsables «envers la société ou envers les tiers», l'art. 43, relativement aux commissaires, parle de leur responsabilité seulement envers la société. De ce rapprochement résulte un argument *à contrario* qui assurément n'est pas sans valeur. M. Bédarride en a été touché. C'est, dit-il, une conséquence logique de la nature des choses que les actionnaires soient seuls recevables à poursuivre contre les commissaires les effets de la responsabilité. La mission des commissaires est toute intérieure; elle exclut toute relation, tout rapport avec les tiers. A quel titre donc les tiers prétendraient-ils agir contre eux?... La faute, volontaire ou non, qui constitue la violation du mandat, les tiers peuvent d'autant

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de Colmar du 3 juillet 1867, rapporté par les Recueils, avec Req., 13 janv. 1869 (*J. Pal.*, 1869, p. 508; S.-V., 69, 1, 209; Dal., 70, 1, 67).
(2) Voy. le même arrêt de la Cour de Colmar.

moins en demander compte, qu'indépendamment de ce qu'ils n'ont jamais traité avec les commissaires, leurs intérêts sont pleinement sauvegardés par leur action contre les administrateurs (1). Toutefois, cette solution n'a prévalu ni en doctrine ni en jurisprudence. On a justement considéré que, même dans les sociétés anonymes, la surveillance organisée par la loi est destinée à sauvegarder non-seulement les intérêts de la société et ceux des actionnaires, mais encore ceux des tiers qui contractent avec la société (2). Cela étant, comment des tiers, des créanciers sociaux, par exemple, qui auraient été induits en erreur sur l'état véritable de la société, pourraient-ils être déclarés non recevables dans leur action contre les commissaires auxquels ils reprocheraient de n'avoir pas consciencieusement rempli leur mission de surveillants? On n'en voit pas la raison. Et, avec la généralité des auteurs, nous accordons aux tiers contre les commissaires une action directe dont ils puisent le principe sinon dans les règles du mandat, au moins dans le droit commun des art. 1382 et 1383 du Code civil (3).

1698. Sur la seconde question, on pourrait invoquer l'art. 1995 du Code civil, d'après lequel, « quand il y a plusieurs fondés de pouvoirs ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée », et conclure que la loi n'ayant pas prononcé la solidarité, les mandataires ne sont pas responsables solidairement des fautes dont ils répondent (4). Mais on sait que, suivant l'opinion commune, l'art. 1995 n'est pas applicable en matière commerciale, et généralement on y tient que la solidarité existe entre les divers mandataires ou commissionnaires sans qu'elle ait été stipulée (5). Or, le mandat des commissaires est commercial, et, de plus, on peut dire que la mission dont ils sont investis ne comporte pas division (6).

IV. — 1699. *Des administrateurs.* L'art. 44, dont le texte est reproduit ci-dessus (n° 1693), dit en un seul contexte, sur la responsabilité des administrateurs, ce que l'art. 27 de la loi de 1863, auquel il est emprunté, exprimait en deux paragraphes. « Cela devait être, porte l'exposé des motifs, car dans l'un et dans l'autre se trouve la même pensée; c'est le même but qu'on s'est proposé. La rédaction nouvelle n'a été préférée que parce qu'elle a paru exprimer plus clairement la volonté de subordonner la solution de toutes les questions que pourra faire naître la responsabilité des administrateurs à l'influence des principes généraux, sans y rien ajouter, sans en rien retrancher. La mention spéciale du fait d'avoir distribué ou laissé distribuer des dividendes fictifs n'est qu'un avertissement donné aux administrateurs et destiné à appeler, sur ce point, dans leur propre intérêt, toute leur attention.

(1) Voy. M. Bédarride (n° 489).
(2) Voy. l'arrêt précité du 13 janvier qui rejette le pourvoi dirigé contre celui de la Cour de Colmar.
(3) Voy. MM. Mathieu et Bourguignat (n° 247), Boistel (*Précis*, p. 222), Lombard (p. 143), Lescœur (n°s 339 et 348). *Comp.* M. Alauzet (n° 560).
(4) Voy., en ce sens, M. Rivière (*Loi de 1867*, n° 278).
(5) Voy. notre *Traité-Commentaire des Petits Contrats* (t. I, n° 1034).
(6) Voy. M. Bédarride (n°s 490 et 491).

toute leur vigilance. » (1) Ainsi, la pensée nettement accusée du législateur est de placer sous les règles du droit commun touchant la prestation des fautes, la responsabilité à laquelle les administrateurs sont soumis. Ici, point de prétexte aux discussions et aux controverses qui se sont produites à propos de la responsabilité édictée, par l'art. 42, comme conséquence de la nullité de la société pour inobservation des prescriptions relatives à la constitution (*suprà*, n°s 1306 et 1307) : le texte, d''ailleurs, n'est pas moins explicite que l'exposé des motifs; il déclare les administrateurs responsables *conformément aux règles du droit commun.*

Avant d'arriver à l'application de ces règles, notons les causes de responsabilité.

1700. L'art. 44 est précis encore sur ce point : les administrateurs sont responsables « soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs. »

Ainsi, l'infraction aux prescriptions relatives au fonctionnement de la société est une première cause. Or, pour rappeler seulement les prescriptions principales, les administrateurs ont pour devoir : de dresser chaque semestre un état sommaire de la situtіon active et passive de la société, et d'établir, chaque année, un inventaire contenant l'indication des valeurs mobilières et de toutes les dettes actives et passives (art. 34); de mettre ces documents, ainsi que le bilan et le compte des profits et pertes, à la disposition des commissaires le quarantième jour, au plus tard, avant l'assemblée générale (même article); de faire procéder à la nomination des administrateurs et à celle des commissaires, ou à leur remplacement, suivant le mode indiqué par l'art. 32; de faire annuellement, sur les bénéfices nets, un prélèvement d'un vingtième au moins, affecté à la formation d'un fonds de réserve (art. 36); en cas de perte des trois quarts du capital social, de provoquer la réunion de l'assemblée de tous les actionnaires à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société (art. 37); de ne prendre ou conserver aucun intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte qu'avec l'autorisation de l'assemblée générale (art. 40); etc. Le manquement à ces devoirs obligerait les administrateurs à réparer le dommage qui en serait résulté.

1701. Dans cette première cause de responsabilité rentre l'infraction aux statuts de la société. Aussi bien que l'inobservation des dispositions de la loi, une telle infraction engagerait la responsabilité des administrateurs si elle avait causé un préjudice. « Les statuts d'une société anonyme, a dit le Tribunal de la Seine, ont à la fois pour objet l'intérêt public et l'intérêt des actionnaires et des tiers appelés à contracter avec

(1) Tripier (*Loi de 1867*, t. I, p. 47).

elle; leur observation est la condition rigoureuse de l'existence exceptionnelle que la loi leur accorde; la violation des statuts par les administrateurs constitue toujours une faute grave qui peut amener le retrait de l'autorisation, et qui entraîne la responsabilité personnelle et solidaire desdits administrateurs vis-à-vis des actionnaires et des tiers qui ont été lésés; c'est là la sanction nécessaire de la loi, qui trouve un appui dans la disposition générale de l'art. 1382 du Code civil.» (1) Le cas, on le voit, était régi par le Code de commerce. Mais la solution et les considérations produites à l'appui ont encore toute leur valeur sous la loi de 1867. On en trouve la preuve dans d'autres arrêts qui, tout en écartant la responsabilité *en fait*, en reconnaissent pourtant le principe en droit (2).

1702. Les administrateurs répondent ensuite *des fautes* qu'ils auraient commises dans leur gestion : c'est la seconde cause de responsabilité. Elle est indiquée par l'art. 44 en termes généraux, et l'on conçoit qu'elle n'a pas dû être autrement précisée. Il avait été proposé pourtant, sur cet article, un amendement que, d'ailleurs, le Corps législatif n'a pas voulu prendre en considération, malgré une très-vive insistance. Ses auteurs auraient voulu qu'après avoir déclaré les administrateurs responsables, conformément au droit commun, la loi ajoutât qu'ils seraient « personnellement responsables sur leurs biens, en cas de lésion des actionnaires ou des tiers : 1° lorsqu'il y aurait eu violation des statuts; 2° lorsqu'il y aurait eu violation du cahier des charges; 3° lorsqu'il y aurait eu falsification des écritures ou des inventaires, ou bien distribution de dividendes fictifs.» Mais peut-on dire, avec la commission du Corps législatif, on n'aperçoit pas ce qu'aurait ajouté au projet proposé « la nomenclature des fautes qui, selon les auteurs de l'amendement, engageraient la responsabilité des administrateurs? Seraient-ils responsables de ces fautes *exclusivement?* On pourrait le soutenir, et c'est le tort de toute énumération en semblable matière. La rédaction de l'art. 44 protége plus efficacement les intérêts qu'il a en vue, car il déclare les administrateurs responsables... *des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion,*... ce qui embrasse, sous le nom *de fautes,* tous les actes ayant ce caractère.» (3) Cela dit tout, en effet; dans sa généralité, la formule de la loi s'étend à tous les actes que l'on pourrait concevoir, en tant, toutefois, que ces actes constitueraient des fautes caractérisées. Car, de même que le gérant dans les sociétés en commandite (*suprà,* n° 1523), les administrateurs, dans les sociétés anonymes, ne sauraient être recherchés à raison des conséquences fâcheuses ou des pertes qui se seraient produites à la suite d'une opération ou d'une en-

(1) Jugement du 27 juillet 1866, rapporté avec l'arrêt confimatif de la Cour de Paris du 30 juillet 1867 (Dall., 67, 2, 238).
(2) Voy. Req., 11 juill. 1870 (S.-V., 70, 1, 365; *J. Pal.*, 1870, p. 958; Dall., 71, 1, 137). *Junge* Rej., 24 janv. 1870 (Dall., 70, 1, 177; S.-V., 71, 1, 75; *P. Pal.*, 1871, p. 202).
(3) Voy. le second rapport de la commission (Tripier, t. I, p. 250), et pour la discussion (*id.*, t. II, p. 240 et suiv.).

reprise qui, engagée et suivie dans des conditions normales, aurait cependant mal tourné. Les chances du commerce, les risques inhérents toute affaire commerciale, ne sauraient en aucun cas être mis à leur harge. La faute est la condition nécessaire et sans laquelle il n'y a pas e responsabilité.

Maintenant, quand y a-t-il faute? C'est une question de fait à résoudre l'après les circonstances, et dont la solution, par ce motif, est absolument abandonnée aux appréciations des juges du fond (1). N'insistons pas, dès lors, à cet égard, et, sans nous arrêter aux applications nombreuses faites par les tribunaux, et qu'il serait sans intérêt de discuter, aucun principe de droit n'y étant engagé, voyons, pour terminer sur les sanctions civiles, 1° quelles sont la mesure ou les conditions de la responsabilité, 2° envers qui elle peut être engagée.

V. — **1703.** Sur le premier point, l'art. **44** se réfère purement et simplement au droit commun : les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, *individuellement ou solidairement, suivant les cas*. Cela revient à dire qu'en thèse générale et en principe, la responsabilité sera individuelle et devra être appliquée à chacun des administrateurs, en raison de ses propres fautes et dans la mesure du préjudice qu'il aura personnellement causé. Les tribunaux décident, en ce sens, que les membres du conseil d'administration d'une société anonyme, qui sont restés étrangers aux fautes engageant la responsabilité du conseil, peuvent être affranchis de cette responsabilité, encore même qu'ils n'aient pas apporté à l'accomplissement de leur mission toute la diligence et toute l'exactitude désirables, s'il n'apparaît pas qu'il y ait eu de leur part une faute véritable qui puisse leur être imputée personnellement (2) ; et aussi, que la responsabilité n'est pas encourue par ceux des administrateurs qui, à l'époque où la faute a été commise, résidaient dans une autre ville où ils avaient une mission à remplir pour le compte de la société, et n'ont pris, dès lors, aucune part à la faute (3). Mais, à côté du principe, viennent les exceptions. Il y a d'abord celle qui résulte des règles générales du droit : ainsi, les administrateurs, comme nous l'avons dit plus haut des membres du conseil de surveillance dans la commandite (n° **1534**), seront solidairement responsables si, s'agissant d'une faute commune, par exemple d'actes émanés du conseil d'administration agissant collectivement, il est impossible de déterminer la part de chacun (4), ou si la responsabilité résulte d'un ensemble indivisible de fautes (5). — En outre, il y a une solidarité réelle qui, celle-ci, existe dans tous les cas : c'est celle qui affecte les actions de garantie, lesquelles, aux

---

(1) Voy. l'arrêt précité du 11 juillet 1870.
(2) Paris, 16 août 1870 (S.-V., 71, 2, 169; *J. Pal.*, 1871, p. 552; Dall., 70, 2, 124).
(3) Lyon, 17 août 1865 (Dall., 66, 2, 194).
(4) Voy. Paris, 1er août 1868 (Dall., 69, 2, 65).
(5) Voy. Lyon, 8 juin 1864 et 11 juill. 1873 (Dall., 74, 2, 209; S.-V., 64, 2, 38; 74, 2, 73; *J. Pal.*, 1874, p. 346).

termes de l'art. 26, § 2, répondent *en totalité* de tous les actes de la gestion, même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs (*suprà*, nos 1622 et suiv.).

VI. — 1704. Sur le second point, l'art. 44 est également explicite: les administrateurs sont responsables *envers la société ou envers les tiers*. Ainsi, en cas d'infraction aux dispositions de la loi (ou des statuts), ou en cas de faute commise dans la gestion, l'action en réparation du préjudice causé peut être exercée contre les administrateurs par la société elle-même ou par les tiers. Toutefois, bien qu'elle appartienne à la fois à la société et aux tiers, l'action a son principe dans des règles différentes suivant qu'elle est exercée par les tiers ou par la société.

1705. Vis-à-vis de la société, les administrateurs, nous avons eu des occasions fréquentes de le remarquer, sont des mandataires. Leur responsabilité envers elle a donc son principe dans les règles du mandat, et, dès lors, tenus dans les termes de l'art. 1992 du Code civil, ils répondent non-seulement du dol, mais encore de la faute, avec ce tempérament que la responsabilité relative à la faute devra être appliquée plus ou moins rigoureusement suivant que le mandat sera salarié ou gratuit. Sur ces divers points, l'application est exclusivement dans le domaine du fait et ne peut, par suite, donner lieu à aucune difficulté de principe.

1706. Mais il est à noter que le mandat donné par la société à ses administrateurs est un mandat collectif conféré au nom de la société. C'est donc à la collectivité même, c'est-à-dire à la société, qu'appartient, en principe, l'action en responsabilité. Sans doute, un associé pourrait, dans son intérêt personnel, agir individuellement contre les administrateurs, si la société omettait ou refusait d'exercer l'action. Mais, en définitive, c'est d'un mandat social, d'un mandat collectif, qu'il s'agit ici; par suite, c'est à la société, en principe, qu'il appartient de mettre en œuvre contre les mandataires l'action qui en peut résulter.

1707. De là cette conséquence que, maîtresse de l'action, la société peut y renoncer en transigeant, ou même l'abandonner, soit directement, soit indirectement, en ratifiant l'acte ou les faits qui lui auraient donné naissance. Et, alors, les administrateurs, ses mandataires, sont déchargés de toute responsabilité envers elle. La jurisprudence est fixée sur ce point par un grand nombre d'arrêts, dont le dernier, émané de la chambre civile de la Cour de cassation, décide que les actes d'impéritie ou de mauvaise gestion des administrateurs d'une société anonyme, lorsqu'ils ne constituent pas une infraction aux statuts, peuvent être couverts par l'approbation de l'assemblée générale, et qu'il en est ainsi spécialement : dans le cas où les administrateurs n'ont pas pris des précautions suffisantes pour assurer l'exécution d'une convention au profit de la société; dans le cas où ils ont indûment libéré des actions sociales et destinées à des journalistes pour frais de publication; enfin.

lans celui où, en faisant assurer contre l'incendie les immeubles sociaux, ils ont négligé de couvrir les risques du recours des voisins (1).

1708. Les administrateurs, en cette hypothèse, sont exonérés non-seulement vis-à-vis de la société, mais encore vis-à-vis des actionnaires, qui, s'ils peuvent individuellement poursuivre dans leur intérêt personnel quand la société omet ou refuse d'agir, ne le peuvent plus dès que la société a renoncé à l'action ou l'a abandonnée. Le mandat qu'une société anonyme confère à ses administrateurs, a dit la Cour de Paris résumant en quelque sorte toute la jurisprudence sur ce point, ne les oblige qu'envers la collectivité des associés, et n'engendre contre eux qu'une action sociale, dont la société, délibérant en conformité de ses statuts, reste toujours la maîtresse, soit pour l'exercer, soit pour transiger ou y renoncer, et exonérer ses mandataires de la responsabilité qu'ils auraient encourue envers elle. En conséquence, cette action ne peut être intentée et poursuivie par chaque associé individuellement dans la limite de son intérêt privé que si elle n'est pas exercée par la société elle-même et si elle est encore entière. Et elle a cessé d'être entière lorsque la société, dans une délibération conforme à ses statuts, a renoncé, moyennant certaines réparations consenties par les administrateurs, à exercer contre eux l'action sociale dérivant des fautes ou fraudes qu'ils auraient commises dans l'exécution de leur mandat (2).

VII. — 1709. La responsabilité des administrateurs envers les tiers ne procède pas du même principe. Mandataires de la collectivité des associés, les administrateurs ne sont nullement les mandataires des tiers. Ce n'est pas, dès lors, en vertu des règles du mandat que ces derniers, si par le fait ou la faute des administrateurs ils ont souffert un préjudice, en pourront demander la réparation. Mais, à défaut de ces règles, ils sont fondés à invoquer celles du droit commun touchant les délits et les quasi-délits; et, par conséquent, c'est en s'autorisant des articles 1382 et 1383 du Code civil qu'ils pourront exercer l'action en responsabilité (3).

1710. Ainsi, et par application de ces articles, les administrateurs pourront être déclarés responsables envers les créanciers sociaux pour toutes diminutions du capital social. Par exemple, ils ont repris des actions moyennant remboursement des sommes versées par les actionnaires; argumentant par analogie de la jurisprudence établie à l'encontre du gérant de la commandite relativement aux actes de cette nature (*suprà*, n° 1443), les créanciers sociaux seraient fondés à dire que la mise des associés étant le gage des tiers dans la société anonyme, les administrateurs n'ont pu, sans engager leur responsabilité, « modifier les conditions sur la foi desquelles s'est établi le crédit de la société, au

(1) Rej., 20 févr. 1877 (*J. Pal.*, 1877, p. 1192; S.-V., 77, 1, 445; Dall., 77, 1, 201). Voy. aussi l'arrêt attaqué de la Cour de Paris du 20 févr. 1875 (Dall., 77, 2, 54). *Junge* Paris, 30 juill. 1867 (Dall., 67, 2, 238).

(2) Paris, 16 avr. 1870 (S.-V., 71, 2, 169; *J. Pal.*, 1871, p. 552; Dall., 70, 2, 126). — Voy. aussi l'arrêt précité de la Cour de cassation du 20 févr. 1877. — *Comp.* Rej., 4 déc. 1871 (S.-V., 71, 1, 195; *J. Pal.*, 1871, p. 607; Dall., 72, 1, 121).

(3) Voy. Req., 13 janv. 1869 (*J. Pal.*, 1869, p. 508; S.-V., 69, 1, 209).

moyen de conventions particulières avec l'un ou plusieurs des associés, sur la restitution de la mise versée par ces derniers dans l'actif de la société. » (1) Par exemple encore, les administrateurs ont distribué ou laissé distribuer sans opposition des dividendes fictifs; les créanciers sociaux, s'autorisant cette fois du texte même de l'art. 44, dans lequel le cas est précisé à titre d'exemple, pourront demander compte aux administrateurs d'actes ou de faits par suite dequels leur gage se trouve atteint et diminué. Toutefois, remarquons que le fait ici ne suffirait pas; il faut supposer la faute, c'est-à-dire la mauvaise foi dans la distribution des dividendes fictifs. S'il en était autrement, si les dividendes avaient été distribués et reçus de bonne foi, les créanciers sociaux, qui n'auraient rien à répéter des actionnaires qui auraient pris part à la distribution (art. 10 et 45, § 2), seraient également sans aucun recours contre les administrateurs. En cela, la situation de ces derniers se distingue de celle du gérant dans la société en commandite (*suprà*, n° 1526) : à la différence du gérant, ils ne sont tenus, en principe, des dettes sociales que jusqu'à concurrence du montant de leur intérêt dans la société (C. comm., art. 33) : c'est seulement à raison de leurs fautes qu'ils en pourraient être rendus responsables sur tous leurs biens.

1711. Ainsi encore, les administrateurs pourront être déclarés responsables envers des tiers qui, sur la foi de rapports mensongers, se seraient déterminés à acquérir des actions de la société. Quoique devenus actionnaires, ces tiers seraient recevables à agir, la société eût-elle même renoncé à son action : ils exerceraient non l'action de mandat dont nous parlions tout à l'heure (*suprà*, nos 1707 et suiv.), mais l'action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 1382. L'abandon par une société anonyme de l'action en responsabilité dérivant, contre ses administrateurs, des faits d'exécution du mandat à eux confié, a dit la Cour de cassation, laisse subsister au profit de ceux des sociétaires à l'égard desquels les mêmes faits présentent le caractère d'un quasi-délit, le droit d'en poursuivre la réparation, une demande de cette dernière sorte constituant l'action individuelle fondée sur l'art. 1382 du Code civil, et non l'action sociale *mandati*. Ainsi, lorsque l'entrée de sociétaires dans la société, au moyen d'un achat d'actions, n'a été déterminée que par des rapports et bilans frauduleux émanant des administrateurs et ayant reçu la plus grande publicité, dont l'objet était de dissimuler la situation mauvaise de l'association, ces sociétaires sont recevables à agir en dommages-intérêts contre les administrateurs, bien que la société ait transigé avec ceux-ci, quant aux responsabilités de toute sorte pouvant résulter de leur gestion (2).

1712. De même, les administrateurs, s'ils ont excédé leurs pouvoirs, pourront être déclarés responsables envers les tiers avec qui ils auraient traité. Réservons, toutefois, le cas où la société, ratifiant l'acte de ses

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation du 6 nov. 1865, cité n° 1443.
(2) Req., 7 mai 1872 (*J. Pal.*, 1872, p. 285; S.-V., 72, 1, 123; Dall., 72, 1, 233); c'est l'arrêt qui rejette le pourvoi dirigé contre l'arrêt à diverses reprises cité de la Cour de Paris du 16 (ou 22) avril 1870.

administrateurs, aurait pris l'obligation pour elle. Il a été décidé, en ce sens, qu'il n'y a pas faute grave dans ce fait qu'avant d'être autorisé par l'assemblée générale, le conseil d'administration a réalisé un emprunt qui, aux termes des statuts, n'aurait dû être contracté qu'après autorisation préalable de l'assemblée, si cet emprunt a été ratifié postérieurement par les actionnaires, et si le défaut d'autorisation préalable s'explique par la difficulté des négociations et l'urgence des besoins (1). — Indépendamment de cette exception, sans gravité d'ailleurs pour les tiers, qui, en définitive, ont la société pour obligée (C. civ., art. 1998), les administrateurs en pourraient puiser une autre dans l'art. 1997 du Code civil, aux termes duquel le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au delà, s'il ne s'y est personnellement soumis. Ceci est admis sans difficulté. Seulement, on a dit qu'en présence de la publicité étendue que les statuts doivent recevoir, d'après les art. 55 et suivants de la loi nouvelle, il serait difficile aux tiers de prétendre qu'ils n'ont pas connu les limites imposées aux pouvoirs des administrateurs (2). L'observation nous paraît contestable dans sa généralité. Certes, si l'administrateur, traitant avec un tiers, lui vend un immeuble de la société, nous admettrons que ce tiers évincé ne pourra pas, sous prétexte que l'administrateur ne lui a pas donné connaissance suffisante de ses pouvoirs, recourir contre ce dernier : il savait ou il devait savoir qu'il n'appartient pas à un administrateur de disposer, même à titre onéreux, des immeubles de la société, en sorte qu'il a lui-même concouru à l'excès de pouvoirs en consentant à acquérir. Mais si, dans la convention intervenue entre l'administrateur et un tiers, il s'agit d'une opération interdite par les statuts, bien qu'elle rentre dans les pouvoirs inhérents à la gestion d'une société anonyme, c'est toute autre chose. En ce cas, évidemment, la présomption qui résulte de la publicité donnée aux statuts lorsque la société s'est constituée ne saurait tenir lieu de cette connaissance spéciale et suffisante de ses pouvoirs que, d'après l'art. 1997, le mandataire doit donner à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité, pour n'être tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au delà. L'administrateur n'aurait donc, en ce cas, le bénéfice de cet article qu'à la condition d'établir qu'il a réellement fait connaître ses pouvoirs au tiers avec lequel il a contracté (3).

1713. Remarquons, en terminant, qu'en toute hypothèse, l'action en responsabilité exercée par les tiers contre les administrateurs présente à résoudre une question de fait dont la solution appartient aux juges du fond, et ne tombe pas sous le contrôle de la Cour de cassation (4). Toutefois, les principes du droit sur la prestation des fautes

(1) Voy. Paris, 30 juill. 1867 (Dall., 67, 2, 238).
(2) Voy. M. Rivière (*Loi de 1867*, n° 284).
(3) Voy. MM. Bédarride (*Loi de 1867*, n°s 497 et suiv.), Boistel (*Précis*, p. 215), Lescœur (n° 347), Lombard (p. 138).
(4) Voy., à cet égard, les arrêts déjà cités de la Cour de cassation du 11 juillet 1870.

obligent les tribunaux à n'admettre l'action qu'autant qu'il y a eu de la part de ceux-ci faute dommageable, et à mesurer exactement la réparation au préjudice éprouvé. Il a été jugé, il est vrai, que les administrateurs déclarés responsables envers un certain nombre d'actionnaires du préjudice résultant pour eux des achats d'actions faits sur la foi de rapports et de bilans mensongers peuvent être condamnés *au remboursement du prix intégral des actions* contre remise des titres, et non pas seulement au payement de la différence entre la valeur réelle de chaque action au moment de l'achat et le prix de cet achat (1). Mais il était constaté, dans l'espèce, que, sans le dol des administrateurs, les actions n'auraient pas été achetées. Les administrateurs seraient tenus *de la différence seulement*, s'il était reconnu, au contraire, que les tiers auraient consenti quand même à devenir actionnaires en achetant des actions au taux inférieur (2). C'est qu'en effet, et en principe, la réparation ne doit pas aller au delà du préjudice éprouvé. Encore même faut-il que le tiers qui se plaint n'ait pas lui-même de tort à se reprocher. Sans quoi on lui opposerait la règle *Quod quis ex suâ culpâ damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*. La Cour de cassation a décidé, sur le fondement de cette règle, que les administrateurs qui se sont livrés à une circulation abusive d'effets de complaisance ne sont cependant soumis, à raison du fait, à aucune responsabilité envers un créancier de la société, qui, lui-même, a été le premier négociateur de ces effets, dans l'intention de profiter du crédit de la société (3).

1714. Et ajoutons, d'un autre côté, que cette action des tiers en responsabilité, qui procède pour chacun du fait dommageable dont il a été personnellement victime, est essentiellement individuelle. De là cette première conséquence, déjà indiquée, que l'abandon par la société de l'action qu'elle aurait contre ses administrateurs n'en laisse pas moins subsister au profit des tiers celle qu'ils pourraient avoir à raison des mêmes faits (*suprà*, n° 1711). De là encore cette autre conséquence, que le droit à l'indemnité ou la créance du tiers lésé est un droit exclusivement personnel qui ne passe pas au cessionnaire de la créance. Par exemple, des cessionnaires ou même des tiers sont déterminés par les manœuvres dolosives des administrateurs à souscrire des actions dans une émission nouvelle. Ils acquièrent de ce chef le droit de demander aux administrateurs la réparation du préjudice que, par la faute de ces derniers, ils vont éprouver. Mais ils ont vendu les actions souscrites, ils les ont cédées à bas prix. Le droit à l'indemnité qu'ils n'ont pas exercé ne saurait profiter à leur cessionnaire : d'une part, parce que c'est là un droit distinct, indépendant des actions souscrites, et qui ne se transmet pas de plein droit avec elles ; et, d'une autre part, parce qu'en définitive, le cessionnaire qui achète librement à un taux déprécié n'éprouve pas de dommage. C'est la jurisprudence de la Cour de cassation, qui

(1) Voy. l'arrêt déjà cité de la chambre des requêtes du 17 mai 1872.
(2) Voy. Paris, 1er août 1868 (Dall., 69, 2, 65).
(3) Rej., 24 janv. 1870 (*J. Pal.*, 1871, p. 202 ; S.-V., 71, 1, 75 ; Dall., 70, 1, 177).

juge, en conséquence, que les tiers qui ont acheté en Bourse au prix du cours les actions déjà souscrites et dépréciées et qui, n'ayant éprouvé aucun préjudice des manœuvres des administrateurs, n'ont contre eux de leur propre chef aucune action en indemnité, ne peuvent pas non plus agir comme cessionnaires des droits de leurs vendeurs, les associés souscripteurs (1).

VIII. — 1715. SANCTIONS PÉNALES. L'art. 45, par lequel sont complétées les règles sur la responsabilité, contient deux dispositions dont la première seule a trait aux sanctions pénales. La seconde déclare applicables aux sociétés anonymes les trois derniers paragraphes de l'article 10, aux termes desquels : aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire; l'action en répétition, dans le cas où elle est ouverte, se prescrit par cinq ans à partir du jour fixé pour la distribution des dividendes; les prescriptions commencées à l'époque de la promulgation de la loi, et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les lois anciennes, plus de cinq ans à partir de la même époque, seront accomplies par ce laps de temps. Mais nous n'avons pas à revenir sur ces divers points, qui, dans le chapitre précédent relatif à la commandite, ont été l'objet d'explications applicables de tous points à la matière des sociétés anonymes (*suprà*, nos 1484 à 1496).

1716. En ce qui concerne la première disposition, qui, elle, a trait aux sanctions pénales, nous n'aurons encore qu'à nous référer à des points déjà précisés. L'art. 45, en effet, se borne à rendre communes aux sociétés anonymes les peines édictées, en matière de commandite, par les art. 13, 14 et 15, à raison de certains faits érigés par ces articles en délits spéciaux ou en contraventions. Ceux de ces faits qui touchent à la constitution même de la société ont été analysés et discutés dans notre titre premier (*suprà*, nos 1310 et suiv.). Quant à ceux qui sont susceptibles de se produire plus particulièrement pendant le fonctionnement de la société, c'est-à-dire la contravention à l'art. 64, la création frauduleuse d'une majorité factice dans les assemblées et la distribution de dividendes fictifs, ils ont été étudiés en détail dans le chapitre précédent (*suprà*, nos 1548 à 1559). Ajoutons seulement, avec le texte de la loi, que c'est aux administrateurs, en cas de distribution de dividendes fictifs, qu'est applicable la peine édictée, dans ce cas, par le n° 3 de l'art. 15, contre les gérants des sociétés en commandite.

1717. Notons, de plus, avec le texte encore, que ces dispositions pénales sont applicables à toutes les sociétés anonymes sans distinction entre celles qui existaient au moment de la promulgation de la loi et celles qui s'établissent sous son empire. On a dit qu'il y a ici un *lapsus* législatif, en ce qu'il est matériellement impossible que les sociétés

(1) Voy. Rej., 11 nov. 1873 (S.-V., 74, 1, 97; *J. Pal.*, 1874, p. 241; Dall., 76, 1, 425).

anonymes antérieures à la loi, autorisées par le gouvernement, soient assujetties à quelques-unes des dispositions des art. 13, 14, 15 et 16, et qu'évidemment l'art. 45 ne peut concerner que les faits postérieurs à la loi nouvelle (1). L'observation est juste en ce dernier point. Certes, le législateur de 1867, qui posait des conditions nouvelles à l'accomplissement desquelles il subordonnait la constitution même des sociétés anonymes futures, n'a pas pu entendre que les dispositions pénales établies contre les infractions à ses prescriptions sur ce point seraient applicables même aux sociétés qu'il trouvait déjà constituées. Mais il n'est pas matériellement impossible que, postérieurement à la loi nouvelle, les administrateurs d'une société anonyme antérieure, et formée avec l'autorisation du gouvernement, distribuent ou laissent distribuer sans opposition des dividendes fictifs, ou que des porteurs d'actions, des actionnaires, vrais ou supposés, créent frauduleusement une majorité factice dans une assemblée générale. Or, ce sont là les faits que le législateur a voulu atteindre par l'art. 45, dont la disposition se trouve ainsi naturellement limitée. Il en résulte simplement que les sanctions pénales, en tant qu'il s'agit de celles qui sont attachées par la loi aux faits susceptibles de se produire au cours des opérations sociales, sont applicables à toutes les sociétés anonymes, sans distinction entre celles qui existaient déjà au moment de la promulgation de la loi nouvelle et celles qui se seraient établies ou s'établiraient ultérieurement.

SECTION III

DISPOSITIONS DIVERSES.

SOMMAIRE.

I. 1718. Sous cette rubrique se placent quelques dispositions particulières (art. 66 et 67, 37, 38, 39, 46 et 47), qu'il importe de rappeler ou d'indiquer. — 1719. Les art. 66 et 67 consacrent des exceptions à l'art. 21, par lequel les sociétés anonymes ont été affranchies de la tutelle administrative : renvoi. — 1720. L'art. 37 précise une cause de dissolution dont l'examen trouvera sa place au titre suivant. — 1721. Il en est de même de l'art. 38, dans lequel est prévue une autre cause de dissolution. — 1722. L'art. 39 a trait aux actions judiciaires : règles de compétence. — 1723. Quant aux procès que les actionnaires pourraient avoir à soutenir contre les administrateurs, l'art. 39 applique aux sociétés anonymes l'art. 17, qui, par dérogation à la maxime que *Nul en France ne plaide par procureur*, permet aux actionnaires, en matière de société en commandite, d'ester en justice par commissaires en certains cas et sous certaines conditions : renvoi. — 1724. *Quid* en ce qui concerne les procès à soutenir contre les commissaires de surveillance ? — 1725. Enfin, les art. 46 et 47 contiennent des dispositions transitoires permettant la transformation en sociétés libres, dans les termes de la loi nouvelle, des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée antérieures à cette loi : renvoi.

I. — 1718. Nous terminons, sur le fonctionnement des sociétés anonymes, par l'indication ou le rappel de quelques dispositions particulières que, pour être fidèle à notre division de la matière, nous en avons dû détacher. Ces dispositions sont contenues dans les art. 37,

(1) M. Vavasseur (*Tr. prat. et form. des soc. civ. et comm.*, n° 458, à la note).

38, 39, 46 et 47, tous compris dans le titre II relatif aux sociétés anonymes, et dans les art. 66 et 67, qui forment le titre V et dernier, ayant pour objet les tontines et les sociétés d'assurances.

1719. L'art. 66 consacre des exceptions au principe de l'art. 21, qui, affranchissant les sociétés anonymes de la tutelle administrative, dispose que ces sociétés pourront désormais se former sans l'autorisation du gouvernement. Il est dérogé à ce principe par l'art. 66, en ce qui concerne les *associations de la nature des tontines,* et les *sociétés d'assurances sur la vie :* les associations de l'espèce, même créées après la loi de 1867, restent soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement. Quant aux sociétés d'assurances autres que sur la vie, elles peuvent se former sans autorisation, et celles qui existaient avant la loi de 1867, régies par la disposition transitoire de l'art. 67, peuvent se transformer sans autorisation également; mais elles sont, les unes et les autres, placées sous le régime établi par le règlement d'administration publique du 22 janvier 1868. Ces art. 66 et 67, on le voit, se lient aux dispositions qui règlent la constitution même des sociétés; c'est pourquoi l'explication en est présentée au titre précédent (*suprà,* n°s 1072 et suiv.).

1720. L'art. 37 confirme les principes d'une Instruction ministérielle du 11 juillet 1818, que complète, en quelque sorte, celle du 22 octobre 1817. Consulté sur la question de savoir « si l'on doit exiger que les sociétés anonymes fixent une proportion de perte du capital qui les oblige à se dissoudre », le ministre répond affirmativement : « La fixation, dit l'Instruction, doit être exigée dans l'acte social, et la quotité doit en être discutée par l'autorité : le gouvernement n'ayant autorisé la société anonyme qu'en raison du capital qu'elle offrait pour garantie de ses opérations, lorsque ce capital est détruit, la garantie n'existe plus, et le public serait induit à une confiance sans fondement si, dans cet état de choses, la société était maintenue... » (1) L'art. 37 de la loi de 1867 procède de ces idées : « En cas de perte des trois quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de provoquer la réunion de l'assemblée générale de tous les actionnaires, à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société... A défaut par les administrateurs de réunir l'assemblée générale, comme dans le cas où cette assemblée n'aurait pu se constituer régulièrement, tout intéressé peut demander la dissolution de la société devant les tribunaux. » Mais il s'agit là d'une cause spéciale de dissolution; par cela même, les observations qu'elle comporte trouveront naturellement leur place dans le titre suivant, qui a pour objet la dissolution, la liquidation et le partage des sociétés.

1721. Il en est de même de l'art. 38, aux termes duquel « la dissolution peut être prononcée sur la demande de toute partie intéressée, lorsqu'un an s'est écoulé depuis l'époque où le nombre des associés est réduit à moins de sept. »

---

(1) L'instruction est rapportée par MM. Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 1459, note).

1722. L'art. 39, simple renvoi à l'art. 17, a trait aux actions judiciaires. Ce n'est pas qu'il touche aux règles générales de la compétence. La loi spéciale est absolument muette à cet égard, et, par conséquent, elle laisse entières les règles de droit commun telles qu'elles sont fixées par le Code de procédure au point de vue tant de l'assignation que de la compétence (C. pr., art. 59 et 69). Ainsi, c'est au tribunal du lieu où la société a son siége social ou ses établissements qu'il appartient de statuer sur les actions dirigées contre elle (1). Et, en supposant qu'indépendamment du siége social la société eût des établissements situés en diverses localités, le juge du siége social serait encore seul et exclusivement compétent si les autres établissements étaient absolument secondaires, à moins que les agents placés à leur tête eussent reçu mandat, soit expressément, soit tacitement, de représenter la société et de recevoir les assignations ou significations qui pourraient lui être adressées. Il est admis, en jurisprudence, qu'en ce cas les administrateurs peuvent être actionnés dans la personne de ce représentant de la société, devant le tribunal du lieu où cet établissement est situé, en raison des engagements qui y auraient été contractés (2). L'art. 39, encore une fois, ne touche pas à ces points, sur lesquels nous avons présenté, en traitant des sociétés en nom collectif, des observations qui trouvent ici leur application (*suprà*, nos 1366 et suiv.).

1723. Il entend seulement appliquer aux sociétés anonymes l'article 17, aux termes duquel, par dérogation à la maxime que *Nul en France ne plaide par procureur*, « des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs mandataires de soutenir, tant en demandant qu'en défendant, une action contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance, et de les représenter, en ce cas, en justice, sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel. » Nous renvoyons, dès lors, aux observations détaillées dont ce dernier article a été l'objet dans le chapitre qui précède (*suprà*, nos 1560 à 1576).

1724. Un point, néanmoins, est à relever. L'art. 39, par le renvoi qu'il prononce, tranche une difficulté qui aurait pu s'élever sous la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée. Dans son art. 22, cette dernière loi prévoyait aussi le cas où des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social voudraient intenter une action, dans un intérêt commun, *contre les administrateurs*, à raison de leur gestion, et les autorisait à procéder par mandataire. Les

(1) Voy. notamment Req., 16 mars 1874 (S.-V., 75, 1, 51; *J. Pal.*, 1875, p. 117). — Il en serait autrement s'il s'agissait d'une action dirigée contre l'un des administrateurs à raison de faits qui lui seraient personnels et auraient été accomplis par lui en dehors de son mandat : c'est alors devant le juge du domicile de ce dernier que l'action devrait être portée. Rej., 4 déc. 1871 (S.-V., 71, 1, 195; *J. Pal.*, 1871, p. 607; Dall., 72, 1, 121).

(2) Voy. Req., 10 août 1875 (*J. Pal.*, 1876, p. 281; S.-V., 76, 1, 121; Dall., 77, 1, 110). Voy. aussi Req., 17 avr. 1866 (S.-V., 66, 1, 191; *J. Pal.*, 1866, p. 508); Cass., 2 juill. 1872 et 15 nov. 1875 (*J. Pal.*, 1872, p. 728, et 1876, p. 56; S.-V., 72, 1, 299; 76, 1, 36); Dijon, 1er août 1874 (Dall., 75, 2, 81).

actionnaires auraient-ils pu agir de la même manière *contre les commissaires de surveillance?* Le texte était muet; et, comme il s'agissait d'une disposition exceptionnelle et dérogatoire à la loi commune, les commissaires pouvaient prétendre que, n'étant pas nommés à côté des administrateurs, ils avaient le bénéfice du droit commun, en sorte que, pour agir contre eux, les actionnaires devaient procéder individuellement. La prétention serait manifestement mal fondée aujourd'hui en présence des textes. L'art. 39 renvoie à l'art. 17, qu'il déclare applicable aux sociétés anonymes. Or, ce dernier article prévoit le cas d'une action à diriger en commun *contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance.* Donc, en substituant à ces qualifications celles qui sont propres à la société anonyme, on peut et on doit dire que l'art. 39 prévoit le cas d'une action à diriger en commun *contre les administrateurs ou contre les commissaires du contrôle* (1).

1725. Enfin, les art. 46 et 47 contiennent des dispositions transitoires dont nous avons eu à préciser l'objet en exposant les règles relatives à la constitution des sociétés. Le premier de ces articles concerne les sociétés anonymes que la loi nouvelle a trouvées existantes et auxquelles il donne la faculté de se transformer en sociétés libres sous les conditions qu'il détermine (voy. *suprà,* nos 1070 et 1171). Le second a trait aux anciennes sociétés à responsabilité limitée, auxquelles il permet également de se transformer en sociétés anonymes dans les termes de la loi nouvelle (*suprà,* nos 1098 et suiv.).

CHAPITRE IV

DE LA SOCIÉTÉ A CAPITAL VARIABLE.

SOMMAIRE.

I. 1726. Les sociétés à capital variable sont réglementées par le titre III de la loi du 24 juillet 1867; texte. — 1727. La loi établit en cela, non point une forme ou une espèce nouvelle de société, mais simplement une modalité. Division.

I. — 1726. La loi du 24 juillet an 7, qui, la première en France, a réglementé les sociétés à capital variable, originairement désignées sous la qualification de *sociétés coopératives,* leur consacre un titre spécial, le titre trois, dont les dispositions sont ainsi conçues :

« Art. 48. Il peut être stipulé, dans les statuts de toute société, que le capital social sera susceptible d'augmentation par des versements successifs faits par les associés ou l'admission d'associés nouveaux, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués. — Les sociétés dont les statuts contiendront la stipulation ci-dessus seront soumises, indépendamment des règles générales qui leur sont propres suivant leur forme spéciale, aux dispositions des articles suivants.

» Art. 49. Le capital social ne pourra être porté par les statuts con-

(1) Voy., en ce sens, M. Lescœur (n° 352).

stitutifs de la société au-dessus de la somme de deux cent mille francs. — Il pourra être augmenté par des délibérations de l'assemblée générale, prises d'année en année; chacune des augmentations ne pourra être supérieure à deux cent mille francs.

» Art. 50. Les actions ou coupons d'actions seront nominatifs, même après leur entière libération; ils ne pourront être inférieurs à cinquante francs. — Ils ne seront négociables qu'après la constitution définitive de la société. — La négociation ne pourra avoir lieu que par voie de transfert sur les registres de la société, et les statuts pourront donner, soit au conseil d'administration, soit à l'assemblée générale, le droit de s'opposer au transfert.

» Art. 51. Les statuts déterminent une somme au-dessous de laquelle le capital ne pourra être réduit par les reprises des apports autorisées par l'art. 48. — Cette somme ne pourra être inférieure au dixième du capital social. — La société ne sera définitivement constituée qu'après le versement du dixième.

» Art. 52. Chaque associé pourra se retirer de la société lorsqu'il le jugera convenable, à moins de conventions contraires et sauf l'application du paragraphe premier de l'article précédent. — Il pourra être stipulé que l'assemblée générale aura le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cesseront de faire partie de la société. — L'associé qui cessera de faire partie de la société, soit par l'effet de sa volonté, soit par suite de décision de l'assemblée générale, restera tenu, pendant cinq ans, envers les associés et envers les tiers, de toutes les obligations existant au moment de sa retraite.

» Art. 53. La société, quelle que soit sa forme, sera valablement représentée en justice par ses administrateurs.

» Art. 54. La société ne sera point dissoute par la mort, la retraite, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés; elle continuera de plein droit entre les autres associés. »

1727. Il s'induit de ces dispositions, et notamment de la première, que le législateur de 1867 n'a pas entendu organiser, sous cette qualification de *société à capital variable,* une espèce nouvelle de société et ajouter un type à ceux dont l'art. 19 du Code de commerce contient l'énumération. Il s'est agi de répondre, enfin, aux besoins manifestés par le mouvement coopératif qui, depuis bien des années déjà, en 1867, s'était produit en France. Sans doute, le législateur aurait pu, procédant à cet effet par une réglementation d'ensemble, édicter une loi spéciale qui aurait réglé toutes les conditions d'existence des sociétés de coopération, précisé les formalités nécessaires à leur constitution, organisé l'administration et déterminé les obligations et les droits des associés. C'est le mode qui a été suivi en Belgique (1). Mais

(1) La société coopérative, en Belgique, est rangée, par l'art. 2 de la loi du 18 mai 1873, comme individualité juridique distincte, parmi les espèces de sociétés que la loi

il en a été pris un autre chez nous. Le législateur a pensé que, pour venir en aide aux sociétés coopératives, et même à toutes les associations de petits capitaux, produit de l'épargne et du travail, il suffirait de modifier « les dispositions qui, dans la législation générale, pouvaient faire obstacle à l'établissement ou à la marche de ces associations, les laissant libres de choisir, selon leur objet ou leur goût, la forme qui leur conviendrait le mieux. » (1) Ainsi a-t-il fait par les dispositions ci-dessus reproduites. En sorte que la société à capital variable s'introduit dans la législation relative aux sociétés commerciales, non point comme une espèce particulière et distincte de celles que reconnaît le Code de commerce, mais comme une simple modalité de ces sociétés. C'est cette modalité que nous avons maintenant à étudier : ce sera l'objet de deux sections, dans lesquelles il sera traité successivement : 1° de la variabilité du capital, de ses caractères, et des sociétés en vue desquelles elle est autorisée; 2° des règles auxquelles sont soumises les sociétés à capital variable.

SECTION PREMIÈRE

DE LA VARIABILITÉ DU CAPITAL SOCIAL, DES ASSOCIATIONS EN VUE DESQUELLES ELLE EST AUTORISÉE, ET DE SES CARACTÈRES.

SOMMAIRE.

I. 1728. Les dispositions de la loi touchant cette modalité des sociétés ont été conçues dans une pensée de sollicitude pour les classes ouvrières. — 1729. A l'origine, elles visaient uniquement les sociétés *de consommation*, les sociétés *de crédit* et les sociétés *de production*, auxquelles le premier projet de loi donnait la dénomination commune de *sociétés de coopération*. — 1730. Plus tard, un autre projet élargissait le cercle d'action des sociétés coopératives, et ajoutait de nouveaux types aux précédents. — 1731. Mais aujourd'hui, sous cette dénomination nouvelle *de société à capital variable*, dans laquelle apparaît l'innovation essentielle de la loi, le législateur embrasse toutes les sociétés commerciales, quels que soient l'objet de l'entreprise et la condition sociale des associés.

II. 1732. Caractère de la société à capital variable : loin d'être une espèce nouvelle de société, cette association ne saurait exister sans être revêtue de l'une des formes de la société commerciale. — 1733. Le législateur n'a pas dû avoir en vue les sociétés qui ne créent pas une personnalité juridique, spécialement la société civile et l'association en participation. — 1734. Toutefois, ses prévisions s'étendent même aux sociétés qui, civiles par leur objet, revêtent l'une des formes de la société commerciale, — 1735. Sans que, cependant, ces sociétés cessent d'être civiles au fond : conséquences. — 1736. Résumé et transition.

III. 1737. De la variabilité du capital : elle consiste en ceci, d'après l'art. 48, que le capital social est susceptible d'augmentation par des versements successifs ou l'admission d'associés nouveaux, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués. — 1738. *Quid* s'il était stipulé que le capital social susceptible d'augmentation ne pourra, en aucun cas, être diminué?

I. — 1728. Les dispositions dont nous abordons le commentaire ont eu leur raison d'être dans la pensée de favoriser le développement des sociétés ouvrières qui, depuis longtemps déjà, nous l'avons dit, ten-

---

reconnaît; et, par suite, elle est, comme chacune des autres espèces, l'objet d'une réglementation spéciale et complète, formulée en 23 articles (85 à 108), qui composent la sixième section de la loi.

(1) Premier Exposé des motifs (Tripier, t. I, p. 61).

taient de s'établir en France, quand fut discutée la loi de 1867. « Depuis quelques années, lit-on, en effet, dans le deuxième exposé des motifs présenté au Corps législatif le 18 avril 1866, des tentatives étaient faites pour constituer des sociétés de consommation, des sociétés de crédit mutuel et des sociétés de production en commun. Que ces essais aient été une imitation de ce qui avait déjà été fait en Angleterre et en Allemagne, ou l'effet naturel des besoins qui se manifestaient en France, toujours est-il qu'ils rencontraient dans le régime légal auquel sont soumises nos sociétés des obstacles difficiles à surmonter. Pour les aider à les vaincre, on a sollicité des modifications dans notre législation; on a demandé, notamment, qu'il fût permis au capital social d'être *variable*, soit par l'augmentation successive des mises et l'admission de nouveaux associés, soit au moyen de la faculté accordée aux associés de reprendre leur apport en totalité ou en partie. C'est pour donner à ce vœu la satisfaction qu'il était juste de lui accorder que le projet a été conçu et préparé... » (1) Jusque-là, diverses propositions avaient été faites, et notamment à l'Assemblée législative de 1849, qui toutes avaient pour objet de briser les entraves que la loi générale mettait au développement de ces sociétés ouvrières. Toutefois, soit en raison de l'insuccès de la plupart des associations de l'espèce qui s'étaient fondées après 1848, soit par toute autre cause, les projets proposés restèrent sans suite. C'est par le législateur de 1867 qu'ils ont été enfin réalisés.

1729. Toutefois, la portée de la loi était limitée à l'origine. Trois espèces de sociétés seulement étaient énumérées dans le premier projet soumis au Corps législatif le 28 mars 1865. « Les sociétés de coopération, portait l'art. 51, sont celles qui ont pour objet : — soit d'acheter, pour les vendre aux associés, des choses nécessaires aux besoins de la vie ou aux travaux de leur industrie; — soit d'ouvrir aux associés des crédits et de leur faire des prêts; — soit d'établir pour les associés des ateliers de travail en commun et d'en vendre les produits, soit collectivement, soit individuellement... » Ainsi, le projet visait, sous une dénomination commune, en les désignant chacune par son objet, les trois sociétés qui constituent les types principaux et les plus usités de la coopération :

1° Les sociétés *de consommation,* dont la combinaison est d'arriver, par la suppression des intermédiaires entre les producteurs et les consommateurs, à faire participer ces derniers aux avantages des acquisitions faites en gros : l'association achète en gros pour les associés, et leur revend ensuite en détail les denrées par elle acquises; et, à la clôture de chaque exercice, prélèvement fait des frais d'administration et de l'intérêt des capitaux engagés, le bénéfice réalisé est partagé entre les sociétaires dans la proportion de leur mise et eu égard à l'importance de leurs acquisitions;

2° Les sociétés de *crédit mutuel,* qui, conçues en vue de combattre l'antagonisme apparent ou prétendu du capital et du travail, procurent à

(1) Voy. M. Tripier (t. I, p. 79 et 80).

l'ouvrier les capitaux dont il a besoin; il trouverait difficilement ailleurs le crédit que lui accorde la société dont il est membre; il obtient à un taux modéré les avances qui lui sont faites, et, finalement, il profite des bénéfices résultant des prêts faits aux autres et à lui-même;

3° Enfin, les sociétés de *production en commun*, dont le but est d'augmenter la rémunération du travail, en substituant le dividende au salaire, et en procurant à chacun des ouvriers sa part dans le bénéfice qu'aurait obtenu l'entrepreneur (1).

Dans sa pensée première, le législateur n'avait pas cru devoir aller au delà.

1730. Mais, sous l'action de l'opinion publique, il fit bientôt un pas de plus. Des écrits nombreux et des applications nouvelles du principe avaient suivi de près la présentation du projet. Le gouvernement en fut préoccupé; il ordonna une enquête, dans laquelle furent recueillies les dépositions de notables industriels, de jurisconsultes, d'économistes, de magistrats consulaires, d'administrateurs de grandes compagnies; des fondateurs de sociétés coopératives, des ouvriers, membres ou gérants de ces sociétés, furent également appelés à fournir leurs observations. Et, de tous les renseignements par elle réunis, la commission d'enquête conclut « que la base du projet dont le Corps législatif avait été saisi devait être conservée, mais qu'elle pouvait recevoir une certaine extension. » Ce fut aussi l'avis du gouvernement. De là un nouveau projet qui élargissait le cercle d'action du principe coopératif. « Un nouveau paragraphe, inséré dans l'art. 51, désignait spécialement les sociétés ayant pour objet la construction de maisons destinées aux associés, sociétés qui, d'ailleurs, se rattachaient au projet primitif, en ce qu'elles réunissent quelques-uns des caractères des sociétés de consommation et des sociétés de production en commun. Le premier projet ne considérait comme sociétés de production en commun que celles dont les travaux s'exécutaient dans des ateliers où les associés étaient réunis. Le texte semblait s'opposer à la constitution de sociétés formées pour vendre en commun les productions de l'industrie isolée des associés; il paraissait également exclusif des associations qui auraient eu pour objet l'exécution de travaux par suite de traités ou de marchés. La nouvelle rédaction, plus large ou du moins plus explicite du projet, levait tous ces obstacles. » (2) Mais, en définitive, en ajoutant des types nouveaux à ceux qui avaient été spécialement visés dans le projet primitif, la loi conservait son caractère de loi spéciale, dont l'application était limitée à des objets strictement déterminés.

1731. Ce système restrictif a été finalement répudié; la commission du Corps législatif, se plaçant à un point de vue plus général, en a proposé et fait admettre un autre qui embrasse toutes les sociétés commerciales, quels que soient l'objet de l'entreprise et la condition sociale

(1) Voy. le premier exposé des motifs (Tripier, t. I, p. 63 et 64).
(2) Deuxième exposé des motifs (Tripier, t. I, p. 75, 76 et 82).

des associés. « Comme toute nomenclature, est-il dit dans le premier rapport, l'art. 51 du projet, malgré les modifications qu'il avait reçues, était loin d'être complet. A supposer qu'il énonçât tous les objets auxquels, dans l'état actuel des faits économiques, avaient tenté de s'appliquer les associations ouvrières, qui pouvait affirmer qu'au lendemain de la promulgation de la loi leur activité ne serait pas attirée vers un autre but? Sans doute, le projet *n'a d'autre prétention que celle de poser des bases que l'avenir ratifiera et complétera*... Mais n'est-il pas préférable de poser des règles auxquelles puissent se plier les faits de demain aussi bien que ceux d'aujourd'hui, des règles générales qui, n'excluant aucun des objets possibles de l'activité civile, commerciale, industriellle, constitueront une loi de *droit commun,* c'est-à-dire un instrument dont tous les citoyens indistinctement pourront se servir?... Tel est le sentiment, instinctif chez quelques-uns, raisonné chez d'autres, qui se dégage de l'enquête, auquel la commission s'est unanimement ralliée, qu'elle a voulu faire prévaloir, et dont le premier résultat était d'effacer du projet le mot même de *société de coopération.* » (1) Le mot a disparu, en effet, dans la rédaction définitive, et cette modalité des sociétés a pris place dans la législation générale sous le titre de *sociétés à capital variable,* dénomination caractéristique dans laquelle apparaît l'innovation essentielle de la loi. — Nous étudierons bientôt les règles auxquelles ces sociétés sont soumises. Avant tout, et quant à présent, il importe de préciser quelles sont les sociétés qui peuvent se constituer à capital variable et en quoi consiste la variabilité du capital.

II. — 1732. Nous avons dit plus haut (n° 1727), et il a été indiqué à diverses reprises dans la discussion de la loi, que les sociétés à capital variable ne constituent pas des sociétés d'une espèce nouvelle, distinctes des autres par leur forme et par leurs éléments. C'est bien *là le* système de la loi, et tellement, devons-nous ajouter, que la société à capital variable ne saurait exister sans revêtir la forme de l'une des sociétés reconnues et définies par la loi commerciale. Cela résulte du premier paragraphe de l'art. 48, aux termes duquel « il peut être stipulé, *dans les statuts de toute société,* que le capital social sera susceptible d'augmentation par des versements successifs faits par les associés ou l'admission d'associés nouveaux, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués. »

Il résulte également de ce texte que la stipulation est compatible avec tous les types de sociétés. On a dit, cependant, que la loi de 1867, ne s'occupant dans les titres I et II que des sociétés par actions, c'est à ces sociétés seulement que devait s'appliquer le titre III comprenant les dispositions particulières aux sociétés à capital variable. Il n'en est rien (*infrà,* nos 1740 et suiv.); les dispositions de ce dernier titre sont générales comme celles du titre suivant, qui, en édictant les dispositions relatives à la publication des actes de société, a eu en vue toutes

(1) Premier rapport de la commission (Tripler, t. I, p. 195 et 196).

es sociétés commerciales. Ainsi, quel que soit le type adopté et quel que soit l'objet de l'entreprise, les parties, en s'associant, pourront ajouter à leur convention la modalité résultant de la variabilité du capital social. Car, dans la pensée de la loi, il peut y avoir des sociétés en nom collectif à capital variable, des sociétés en commandite par intérêt ou par actions à capital variable, des sociétés anonymes à capital variable.

1733. Toutefois, les prévisions du législateur n'ont pas dû aller au delà. Ce qu'il a eu en vue, ce sont les sociétés donnant naissance à une personnalité juridique, c'est-à-dire les sociétés commerciales ou revêtues de la forme commerciale. Il n'a pas dû songer au cas où les parties, en s'associant, établissent une société purement civile en la forme et au fond; et cela par la raison bien simple qu'en ce cas le droit commun suffirait aux associés et leur permettrait de s'assurer, sans que les tiers eussent à en souffrir, le bénéfice ou la faveur de la variabilité du capital social. Ainsi, quelques ouvriers, par exemple, veulent former entre eux une société de consommation, et, n'ayant pas le moyen de suffire à la dépense qu'exigeraient les publications imposées aux sociétés commerciales, ils constituent une société civile dans les termes du droit commun : en quoi la loi générale à laquelle ils se sont soumis fera-t-elle obstacle à ce qu'ils conviennent entre eux d'augmenter progressivement leur capital avec les épargnes qu'ils pourront réaliser? En quoi les tiers auraient-ils à souffrir de cette variabilité du capital social? Nous sommes en présence d'une société civile, c'est-à-dire sans personnalité juridique : la mobilité supposée du capital sera la loi du contrat dans les rapports des associés entre eux; elle sera de nulle considération à l'égard des tiers, qui, quant à eux, auront toujours vis-à-vis des associés les droits que leur confère la loi commune tels qu'ils sont définis et fixés par les art. 1862 et suivants du Code civil. Ils auront donc pour obligés, sinon la société être moral qui n'existe pas, au moins l'associé ou les associés qui auront personnellement traité, et qui seront tenus dans la mesure et dans les termes précisés dans notre commentaire de ces articles (nos 639 et suiv.).

Il est donc vrai de dire que ces expressions *toutes sociétés* de l'art. 48 doivent être considérées comme restreintes, dans la pensée du législateur, aux sociétés donnant naissance à une personnalité juridique, c'est-à-dire aux sociétés commerciales, et que c'est spécialement en vue de ces sociétés que la loi organise la modalité résultant de la variabilité du capital social.

1734. Notons, cependant, qu'une société, civile par son objet, rentrerait dans les prévisions de la loi si elle prenait l'une des formes des sociétés commerciales. Dans la vérité des faits, les sociétés coopératives, par exemple, sont généralement des sociétés civiles par leur nature. Ainsi, supposons une société coopérative de production, il est très-évident que, bien qu'elle ait pour objet le travail en commun des sociétaires à des conditions plus ou moins avantageuses, on n'y trouve aucun des traits distinctifs de ces entreprises de manufactures réputées

actes de commerce par la loi commerciale (C. comm., art. 632). — Il en est de même d'une société coopérative ayant pour objet la construction de maisons pour les associés, car on ne saurait voir la commercialité dans le fait de se faire construire une maison pour l'habiter. — Supposons encore une société coopérative de consommation ouvrant ses magasins à ses associés : on ne voit là rien de cette idée de trafic et de spéculation qui est au fond de toutes les opérations commerciales (1). Sans doute, la société *achète pour revendre,* ce qui est le type même de l'acte de commerce. Mais ici la revente n'est qu'apparente; en réalité, il y a simplement *remise* aux associés des choses achetées pour leur compte, et ce moyennant remboursement à la société des avances faites pour eux. — Ce sont là des sociétés civiles. Et, de fait, on peut dire que presque toujours les sociétés coopératives se sont organisées à leur début en la forme civile; elles ont constitué, selon l'expression du ministre du commerce dans la discussion de la loi, « des sociétés amicales vis-à-vis des associés, plutôt que des sociétés vis-à-vis des tiers. » (2) C'est après la première période et quand les épargnes se sont accumulées que, pour jouir des avantages de la personnalité, elles ont donné à leur association la forme commerciale. Mais cette forme qu'elles prennent alors suffit pour les faire rentrer dans les prévisions de la loi spéciale.

1735. Et pourtant, ce n'est pas à dire qu'en se transformant ainsi la société devienne commerciale. Ce qui détermine le caractère ou la nature d'une société, nous l'avons établi plus haut (nos 104 et suiv.), c'est l'objet même de l'entreprise, abstraction faite de la forme de l'acte constitutif de l'association. Cela est important pour l'application sinon des règles relatives à la variabilité du capital, au moins de celles qui touchent à la compétence.

Dans une espèce où l'un des fournisseurs d'une société coopérative de consommation avait assigné cette société devant la juridiction consulaire, à raison de fournitures par lui faites, le Tribunal de commerce crut pouvoir retenir l'affaire, en se fondant, à la vérité, sur des considérations de fait tirées de ce que la société revendait à des tiers, en dehors des sociétaires, une partie des provisions réalisées par ses achats (3). Le jugement n'en fut pas moins infirmé en appel; la Cour, reconnaissant que les ventes aux tiers avaient été le fait d'employés ayant agi à l'insu des représentants légaux et en fraude des intérêts de la société, jugea, en droit, « qu'en dehors des cas prévus aux art. 632 à 634 du Code de commerce, il faut, pour qu'un acte soit réputé commercial, qu'il offre un caractère particulier et essentiel, celui d'avoir été inspiré et régi par une idée de lucre et de spéculation, comme celui d'un profit à la re-

(1) On juge néanmoins que la société coopérative qui achète en gros des boissons qu'elle revend au détail à ses membres est tenue de faire la déclaration préalable à laquelle sont assujettis, d'après l'art. 50 de la loi du 28 avril 1816, tous ceux qui veulent se livrer à la vente en détail des boissons. Crim. rej., 20 juin 1873 (*J. Pal.*, 1873, p. 1213; S.-V., 73, 1, 488; Dall., 73, 1, 392).

(2) M. Tripier (t. II, p. 351).

(3) Trib. de comm. de Nevers, 7 sept. 1868 (Dall., 69, 3, 54).

vente, s'il s'agit, ainsi que dans l'espèce, d'un marché à livrer; qu'on ne saurait attribuer ce caractère aux opérations d'associations qui n'ont en vue que de satisfaire aux divers besoins des membres qui les composent, à des conditions de prix et de qualité plus favorables que celles que pourrait obtenir chacun des sociétaires livré à ses ressources isolées;... que ce n'est pas le fait de l'association, et encore moins de l'association sous la forme coopérative qui constitue la commercialité, mais que cette commercialité résulte de l'objet et de la nature des opérations auxquelles se livre l'association; qu'une société coopérative de consommation n'achète pas pour revendre, mais pour consommer; qu'en effet, on ne saurait assimiler à une revente la livraison qu'elle fait à ses sociétaires des objets qu'elle a achetés pour eux, et qu'elle leur remet à des conditions convenues à l'avance dans l'intérêt exclusif des associés... » (1)

1736. Quoi qu'il en soit, en nous résumant sur le premier point de nos observations préliminaires, nous constatons : 1° que la stipulation de capital variable peut être adaptée non-seulement aux sociétés dites de coopération, mais encore à toutes les associations, quels que soient l'objet de l'entreprise et la condition sociale des associés; 2° que la société à capital variable peut être civile ou commerciale quant au fond et eu égard à la nature de ses opérations, mais que la loi de 1867, par laquelle la mobilité du capital social est autorisée et réglementée, n'a eu à statuer qu'en prévision des sociétés donnant naissance à une personnalité juridique, par conséquent des sociétés commerciales ou établies sous l'une des formes des sociétés de commerce; 3° enfin, que ce qui la différencie des sociétés reconnues par la loi commerciale, et dont elle n'est qu'une modalité, c'est précisément et surtout la variabilité du capital social.

Il nous reste maintenant à dire, avant de passer à l'étude des règles spéciales auxquelles est soumise l'association ainsi modifiée, en quoi consiste et ce qui constitue cette variabilité du capital social.

III. — 1737. La variabilité du capital, c'est, d'après les indications très-précises de l'art. 48, § 1er : d'une part, l'augmentation possible du fonds commun par des versements successifs ou par l'admission d'associés nouveaux; et, d'une autre part, la diminution possible de ce fonds par la reprise totale ou partielle des apports effectués. Là se trouve la dérogation particulièrement notable aux règles du droit commun en matière de société. Dans les sociétés ordinaires, le capital social est fixe; il peut, sans doute, n'être réalisé que par des versements successifs; mais il doit être déterminé par avance et par un chiffre positif, de manière à ce que la société, qui en a organisé le fonctionnement, soit assurée de l'avoir tout entier à sa disposition, sinon au début de l'entreprise en vue de laquelle il a été constitué, au moins au moment où les versements seront exigibles. Par cela même, on ne saurait admettre

---

(1) Bourges, 19 janv. 1869 (Dall., 69, 2, 133; *J. Pal.*, 1869, p. 1211; S.-V., 69, 2, 323).

que les associés entrés dans la société s'en puissent retirer ou du moins n'y pas laisser leur mise pendant toute la durée de la société : on entrevoit, sans qu'il soit besoin d'insister, ce qu'aurait de funeste pour les sociétés elles-mêmes et pour les tiers la faculté de retrait laissée aux associés. Quant à la société coopérative ou à capital variable, elle n'a pas pour objet des capitaux déjà existants, mais des capitaux en voie de formation : « Ce n'est ni l'objet de la société, a-t-on dit en substance dans la discussion de la loi, ni la possession actuelle des fonds, qui peuvent servir à déterminer la somme à laquelle s'élèvera le capital social; car on se réserve précisément de donner plus d'extension aux affaires à mesure qu'on pourra avoir plus de capitaux à sa disposition. Il est donc admissible et même nécessaire, pour ce genre de société, que son capital puisse augmenter et progresser, pendant qu'elle dure, sans modification des statuts. D'un autre côté, les éventualités auxquelles sont exposés les intéressés qui entrent dans ces sociétés sont trop nombreuses et peuvent quelquefois être trop pressantes pour qu'on les oblige à rester dans la société jusqu'à son terme et à y laisser leur mise entière. Il est donc admissible également et nécessaire aussi que le capital, variable en sens inverse, puisse s'amoindrir par l'effet de la retraite des associés. La loi a répondu à cette double nécessité par un système où, à côté de la combinaison qui permet au capital d'augmenter sans cesse, une autre combinaison permet au capital qui s'accumule de se retirer à certains moments, en laissant aux intéressés qui auraient besoin, eu égard à leur profession, de se déplacer, de changer de domicile, la faculté de sortir de la société, et, s'ils traversent des instants de crise, de retirer leur argent. La société est pour eux, à un certain point de vue, une sorte de caisse d'épargne où ils doivent pouvoir puiser dans certaines conditions déterminées par la loi. » (1) Ainsi, ce qui constitue la variabilité du capital, dans laquelle se résume cette modalité introduite par la loi dans le droit commun des sociétés, c'est que le capital social, qui commence par des sommes peu importantes, peut s'élever progressivement, en même temps qu'en sens inverse il peut s'abaisser par l'effet des reprises ou de la retraite des associés.

1738. Cette modalité suppose donc la double possibilité d'augmentation et de diminution du capital social; et ceci résout une question réservée plus haut (n° 857). D'après quelques auteurs, cependant, la loi permettrait de stipuler soit l'augmentation du capital par des versements successifs faits par les associés, soit l'augmentation par l'admission d'associés nouveaux, soit, au contraire, la diminution de ce même capital social par la reprise totale ou partielle des apports effectués; ces diverses clauses seraient complétement indépendantes l'une de l'autre; ni le texte, ni l'esprit de la loi, ne permettraient de les considérer comme indivisibles, en sorte qu'il pourrait être convenu que le capital sera susceptible d'augmentation, mais non de diminution, et récipro-

(1) Voy. notamment l'exposé des motifs (Tripier, t. I, p. 65) et les observations de M. Forcade la Roquette (*ibid.*, t. II, p. 337 et 338).

quement (1). Nous sommes, sur ce point, d'un avis différent : selon nous, la lettre et l'esprit de la loi s'élèvent également contre cette solution. « Il peut être stipulé, dans les statuts de toute société, porte l'art. 48, que le capital social sera susceptible d'augmentation... ET de diminution... » Le texte est clair, et, par sa formule même, il indique nettement qu'une société n'est à capital variable que lorsque son capital est soumis à la fois et en même temps à ce double mouvement d'augmentation et de diminution. Quant à l'esprit de la loi, il se révèle à chaque pas dans la discussion dont les art. 48 et suivants ont été l'objet. Il fallait, a-t-on dit, sous peine de méconnaître les habitudes et les besoins des classes appelées surtout à profiter des dispositions nouvelles, une loi qui permît aux intéressés, sans porter atteinte aux garanties dues aux tiers, d'*entrer dans la société et d'en sortir, d'y apporter leurs épargnes et de les en retirer* le jour où ils voudraient chercher fortune ailleurs (2). *A côté* de la combinaison qui permet au capital d'augmenter sans cesse, a-t-on dit encore, comme nous le rappelions tout à l'heure, *il faut une autre combinaison* qui permette au capital qui s'accumule de se retirer à certains moments. Or, tout cela montre bien que, dans la pensée du législateur, la variabilité du capital implique l'idée d'un capital social pouvant être non-seulement augmenté, mais aussi diminué.

Et c'est ce qu'a décidé la Cour de Lyon. Une société en commandite par actions, fondée pour la construction d'un édifice, s'était constituée à un capital n'excédant pas 200 000 francs, et les actions avaient été émises au taux de 50 francs. L'un des associés demandait la nullité de la société comme constituée contrairement aux prescriptions de l'article 1er de la loi de 1867, aux termes duquel le capital, lorsqu'il n'excède pas 200 000 francs, ne peut être divisé en actions de moins de 100 francs. La société, s'autorisant de ses statuts, où il était dit que le capital pourrait être augmenté, sans pouvoir en aucun cas être diminué, prétendait qu'étant à capital variable, elle avait pu, d'après l'art. 49, émettre ses actions à 50 francs. La Cour de Lyon, sans s'arrêter à cette défense, a prononcé la nullité de la société : « Attendu, en fait, que les actions ont été émises à 50 francs, alors que le capital était inférieur à 200 000 francs; qu'en conséquence, le moyen de nullité proposé doit être accueilli; que vainement on allègue que la société dont la nullité est demandée constituerait une société à capital variable, conformément aux art. 48 et suivants de la loi de 1867, ce qui aurait autorisé l'émission des actions à 50 francs (art. 50 de la même loi); que, dans le sens des textes précités, les sociétés à capital variable sont celles qui réunissent les deux conditions suivantes : 1° l'augmentation possible du capital; 2° la diminution de ce capital par la reprise totale ou partielle des apports effectués (art. 48); que les sociétés dont les statuts contiennent cette double stipulation sont seules soumises aux

(1) Voy. MM. Mathieu et Bourguignat (n° 269), Alauzet (n° 582).
(2) Voy. le premier rapport de la commission (Tripier, t. I, p. 193).

dispositions ultérieures de la loi, parmi lesquelles se trouve celle qui est relative à la faculté de réduire le montant des actions; que ces dispositions ont été édictées en vue de favoriser le développement des sociétés coopératives et dans une pensée de sollicitude pour les classes ouvrières; que la société dont il s'agit, fondée pour la construction d'un édifice, n'a rien de commun avec de telles sociétés; que, sans doute, le capital pouvait en être augmenté, conformément au droit commun et à une des clauses du pacte social, ***mais que dans aucun cas il ne pouvait être diminué,*** ce qui mettait la société intervenue entre les parties en dehors des règles spéciales aux sociétés proprement dites à capital variable; qu'il n'y a donc pas lieu de s'arrêter à l'objection proposée...» (1)

Sans doute, tout n'est pas exact dans les motifs de cet arrêt. Après les modifications faites, sur la demande de la commission du Corps législatif, au projet primitif proposé par le gouvernement, il n'est plus exact de dire que la loi, édictée exclusivement en vue des classes ouvrières, n'aura d'application qu'aux seules sociétés coopératives ayant un objet déterminé. La loi, nous l'avons indiqué plus haut, a une bien autre portée : « elle a posé des règles générales qui, n'excluant aucun des objets possibles de l'activité civile, commerciale, industrielle, constituent une loi de *droit commun,* c'est-à-dire un instrument dont tous les citoyens indistinctement peuvent se servir. » (*Suprà,* n° 1731.) Ce n'est donc pas parce que la société, dans l'espèce, était fondée *pour la construction d'un édifice,* qu'elle n'avait rien de commun avec la société à capital variable. Mais l'arrêt répond exactement à la pensée de la loi lorsqu'il ajoute qu'en l'absence de la faculté de diminuer le capital social corrélativement à la faculté de l'augmenter, la société ne pouvait pas être considérée comme constituée à capital variable. Et, en effet, qu'est-ce que cette variabilité du capital dont le législateur a voulu faire une modalité des sociétés ordinaires, si ce n'est précisément le concours ou la combinaison des deux facultés? Sans doute, on peut admettre, et la loi elle-même consacre par les art. 51 et 52, que nous étudierons à la section suivante, certaines restrictions dans l'exercice de celle qui permet aux associés de retirer leurs apports en totalité ou en partie; mais ce qui est absolument inadmissible, c'est la suppression d'une manière complète par les statuts de cette faculté de retrait. Est-ce qu'on pourrait retrouver la modalité établie et organisée par la loi dans le pacte social qui, en ouvrant aux parties l'accès de la société avec la faculté d'en augmenter le capital par des versements successifs, leur dirait qu'une fois engagées elles ne pourraient plus ni sortir de la société, ni même rien retirer de leurs apports? Non, évidemment : ce ne serait pas la société à capital variable, avec sa physionomie propre et avec les caractères essentiels qui la distinguent des sociétés ordinaires. Et ajoutons que s'il en était autrement, si le pacte que nous supposons suffisait pour que la convention constituât réellement une

(1) Lyon, 12 janv. 1872 (Dall., 72, 2, 175; S.-V., 73, 2, 65; *J. Pal.*, 1873, p. 320).

société à capital variable, c'est-à-dire une société dont les actions peuvent être émises *au taux de 50 francs* (art. 49), et qui est définitivement constituée *après le versement du dixième* (art. 51), les sociétés ordinaires par actions auraient un moyen tout trouvé et fort simple d'éluder les dispositions de l'art. 1er de la loi de 1867, aux termes duquel elles ne peuvent diviser leur capital en actions de moins *de 100 francs ou de 500 francs,* et ne sont définitivement constituées qu'*après la souscription de la totalité du capital social et le versement, par chaque actionnaire, du quart au moins des actions par lui souscrites*. De tels avantages ne sont acquis à la société qu'autant qu'elle est bien à capital variable, et, pour qu'elle soit réellement à capital variable, il faut, selon la juste expression de l'arrêt précité, qu'*elle réunisse* ces deux conditions : 1° augmentation possible du capital par des versements successifs ou l'admission d'associés nouveaux; 2° diminution possible de ce capital par la reprise totale ou partielle des apports effectués.

Et maintenant, en quoi consistent les dérogations ou exceptions aux principes généraux établies par la loi en faveur des sociétés ainsi constituées? En d'autres termes, quels sont les avantages dont jouit la société à capital variable, et quelles sont les mesures de précaution prises par la loi pour compenser ces avantages? C'est ce que nous dirons dans la section qui va suivre.

SECTION II

DES RÈGLES AUXQUELLES SONT SOUMISES LES SOCIÉTÉS A CAPITAL VARIABLE.

SOMMAIRE.

I. 1739. Les sociétés à capital variable sont soumises aux règles générales qui leur sont propres suivant leur forme, sauf les modifications et dérogations établies par les art. 49 à 54 de la loi de 1867. — 1740. Les dispositions contenues en ces articles sont relatives aux conditions *intrinsèques* touchant la constitution et le fonctionnement de la société : renvoi quant aux conditions *extrinsèques*, spécialement aux formalités de publication. — 1741. Elles sont applicables aux sociétés à capital variable, quelle qu'en soit la forme : controverse. — 1742. Mais les unes (art. 49, 50 et 51, § 3) établissent des règles spéciales pour les sociétés dont le capital est divisé par actions, les autres sont applicables à toutes les sociétés à capital variable, quel qu'en soit le type. Division.

II. 1743. *Règles spéciales aux sociétés par actions.* Par faveur spéciale et par dérogation à l'art. 1er de la loi de 1867, les actions peuvent être émises à 50 francs et rester à ce taux, à quelque chiffre que le capital s'élève par l'effet d'augmentations successives. — 1744. Suite. — 1745. Encore par faveur spéciale et par une autre dérogation à ce même article, la société est définitivement constituée après le versement *du dixième*. — 1746, 1747. Mais la règle qui, pour les sociétés ordinaires par actions subordonne la constitution de la société à la souscription de la totalité du capital, est-elle applicable aux sociétés à capital variable?

III. 1748. Comme compensation à ces faveurs, la loi exige : 1° que le capital, au début de la société, ne soit pas supérieur à 200 000 francs, en en permettant d'ailleurs l'augmentation, chaque année, jusqu'à concurrence de cette même somme de 200 000 francs; — 1749. 2° Que les actions restent nominatives, même après leur entière libération; — 1750. 3° Qu'elles ne puissent être négociées qu'après la constitution définitive de la société, et que la négociation n'ait lieu que par voie de transfert sur le registre de la société. — 1751. La cession des actions pourrait-elle être faite par voie civile? — 1752. Les statuts peuvent donner, soit au conseil d'administration, soit à l'assemblée générale, le droit de s'opposer au transfert. — 1753. Transition.

IV. **1754.** ***Règles communes à toutes les sociétés à capital variable.*** **La faveur essentielle consiste dans la faculté pour les associés d'effectuer la reprise totale ou partielle de leurs apports. — 1755. Dans les sociétés par actions, le droit de reprise partielle n'est pas inconciliable avec le principe de la division du capital en actions d'égale valeur. — 1756. En tous cas, il y a un *minimum* au-dessous duquel le capital ne peut être réduit par les reprises d'apports : ce *minimum* est fixé par la loi *au dixième* du capital social; mais il peut être élevé par la convention.**

V. **1757. Chaque associé peut se retirer de la société. — 1758. Mais la retraite ne doit pas être frauduleuse : dans quelle mesure les articles 1869 et 1870 du Code civil sont-ils applicables? — 1759. Les statuts peuvent aussi réserver à l'assemblée générale le droit de prononcer des exclusions. — 1760. Lorsque l'assemblée use de ce droit, sa décision est souveraine. — 1761. De l'obligation de la société envers l'associé dont l'exclusion est prononcée, — 1762. Ou envers celui qui se retire volontairement de la société. — 1763. De la mesure dans laquelle l'associé sortant reste tenu soit envers les tiers, — 1764. Soit envers la société. — 1765. Le recours de la société et des tiers est soumis à la prescription de cinq ans.**

VI. **1766. La société, quel qu'en soit le type, est valablement représentée en justice par ses administrateurs. — 1767. *Quid* si la société est constituée sous la forme civile ou sous celle de la participation?**

VII. **1768. La société n'est pas dissoute par la mort, la retraite, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés; *elle continue de plein droit entre les autres associés*. — 1769. *Quid* si la société est constituée par actions? — 1770. Du cas où le gérant unique vient à mourir.**

I. — 1739. Aux termes du second paragraphe de l'art. 48, « les sociétés dont les statuts contiennent la stipulation ci-dessus (la variabilité du capital social) seront soumises, indépendamment des règles générales qui leur sont propres suivant leur forme, aux dispositions des articles suivants. » Donc, nonobstant cette particularité du capital variable, la société qui a pris l'une des formes des sociétés commerciales reste sous l'empire des règles générales propres au type adopté. Seulement, en raison même de cette modalité du capital variable dont la société est alors affectée, la loi fait à ces règles certaines exceptions, lesquelles, contenues dans les art. 49 à 54, constituent dans leur ensemble une réglementation spéciale sous laquelle la société est en outre placée.

1740. Avant d'exposer dans ses détails et d'étudier cette réglementation spéciale, notons que les dispositions du titre III de la loi, auxquelles renvoie l'art. 48, § 2, ont trait aux conditions *intrinsèques* touchant la constitution et le fonctionnement de la société. Il y a, quant aux conditions *extrinsèques*, spécialement quant aux formalités de la publicité, d'autres dispositions, comprises dans le titre IV, qui, statuant aussi au point de vue des sociétés à capital variable, appliquent ou modifient, en ce qui les concerne, les règles générales relatives à la publication soit des actes de société, soit des modifications aux statuts. Ces dispositions sont contenues dans les art. 58, § 3; 61, 62, 64, § 2. Mais l'explication en est comprise dans notre étude de ces règles générales (*suprà*, nos 1165, 1169, 1178, 1181, 1213, 1214, 1218), nous n'avons pas à y revenir : notre commentaire n'aura donc pour objet ici que les dispositions du titre III.

1741. Ces dispositions, du reste, régissent les sociétés à capital variable, quelle que soit la forme en laquelle elles sont constituées. On ne

saurait donc s'arrêter à l'opinion, déjà contestée plus haut (n° 1732), d'après laquelle elles auraient en vue seulement les sociétés par actions. Il est vrai que, dans la discussion de la loi, il a été dit, même par les membres de la commission du Corps législatif, bien des choses sur lesquelles cette opinion pourrait être appuyée. « Dans la commission, a dit notamment l'un de ses membres, nos investigations ont toujours été limitées et désignées par cette idée, qu'il s'agissait de sociétés en commandite par actions ou de sociétés anonymes... Il va donc de soi que tout ce qui est décidé... ne saurait s'appliquer à la commandite simple ou par voie d'intérêt. Ainsi, toutes les fois qu'à l'avenir, les sociétés coopératives se constitueront sans diviser leur capital en actions, elles ne seront pas plus atteintes par la loi actuelle qu'elles ne l'étaient dans le passé par la loi de 1856... » (1) Le rapporteur de la commission lui-même a dit : « Le titre de société à capital variable appartient à une loi qui s'appelle une loi sur les sociétés par actions; donc, ces faveurs, ces facilités, pour mieux dire, que les articles qui suivent accordent... ne s'appliquent manifestement qu'aux sociétés par actions, qu'elles soient anonymes ou en commandite... Dans le cas inverse (où les sociétés coopératives ne prendraient pas la forme de société par actions), reste la liberté, reste l'ensemble de cette organisation : les sociétés civiles quand l'objet de la coopération pourra être civil, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, et même les sociétés, si l'on peut leur donner ce nom, en participation... » (2) Mais ces observations, dont le caractère restrictif pourrait s'expliquer peut-être par la nature même de l'interpellation ou des objections qui les avaient provoquées, étaient, dans tous les cas, en opposition manifeste avec le texte de l'art. 48, lequel, en posant le principe même de la loi, donne de la manière la plus générale *à toute société,* abstraction faite de la forme en laquelle elle est constituée, la faculté de faire varier son capital. Or, le principe étant ainsi posé avec cette généralité, il s'ensuit que les dispositions dont l'objet est d'organiser le principe ont le même caractère de généralité.

1742. Et, toutefois, ce n'est pas à dire que ces dispositions soient indistinctement applicables à toutes et à chacune des sociétés constituées à capital variable. A cet égard, la pensée de la loi ou sa portée véritable a été, ce nous semble, nettement indiquée, à la tribune, dans une autre partie de la discussion. On opposait que de l'application des règles spéciales résulterait une atteinte aux sociétés qui, étant *en commandite simple,* ont une latitude de mouvement que les art. 49, 50 et 51 leur retireraient en partie. « Je reprends de nouveau la réponse déjà faite, dit M. Émile Ollivier au nom de la commission, et je répète que *les art. 49, 50 et 51, ne s'appliquent absolument qu'aux sociétés dans lesquelles il y aura division du capital par actions*. Dès lors, tout ce qu'il y a de spécial dans ces articles ne peut pas atteindre les sociétés qui con-

(1) Observations de M. Émile Ollivier (Tripler, t. II, p. 332).
(2) *Ibid.* (t. II, p. 362 et 363).

serveront ou adopteront la forme de la commandite par intérêts... » (1) Là est la vérité. Il y a, dans le titre III, des dispositions qui, par la force même des choses, ne sont applicables et ne sauraient être appliquées qu'aux sociétés dont le capital est divisé par actions : ce sont précisément celles des art. 49, 50 et 51, § 3. Quant aux autres, elles régissent évidemment, non-seulement les sociétés par actions, mais encore les sociétés collectives ou par intérêt. Cela étant, nous nous occuperons successivement : 1° des règles spéciales aux sociétés à capital variable par actions; 2° des règles générales et communes à toutes les sociétés à capital variable, quelle qu'en soit la forme.

II. — 1743. *Règles spéciales aux sociétés à capital variable par actions.* Une première et notable dérogation établie en faveur des sociétés par actions à capital variable a trait au taux des actions. D'après l'article 1er de la loi, les sociétés ordinaires par actions ne peuvent diviser leur capital en actions ou coupons d'actions de moins de 100 francs lorsque ce capital n'excède pas 200 000 fr., et de moins de 500 fr. lorsqu'il est supérieur. Le taux obligatoire est réduit à 50 francs par l'art. 50 pour les sociétés à capital variable. Et, émis à ce taux, les actions ou coupons d'actions y peuvent être maintenus à quelque chiffre que le capital social s'élève par l'effet des augmentations successives qu'autorise l'art. 49 (*infrà*, n° 1748). Des doutes s'étant élevés sur ce dernier point dans quelques esprits, il avait été proposé d'ajouter, après le paragraphe 1er de l'art. 50, le paragraphe suivant : « Les dispositions du paragraphe 1er de l'art. 1er (division du capital en actions de 100 ou de 500 francs) ne leur sont pas applicables. » L'amendement fut repoussé comme inutile, en ce que le projet proposé lui donnait pleine satisfaction. « Sans doute, répondait la commission, l'art. 48 soumet les sociétés à capital variable aux conditions prescrites pour la nature d'association qu'elles auront adoptée; mais ces conditions, l'art. 48 déclare les modifier par les articles suivants. Or, l'art. 49 permet de porter le capital à 200 000 francs, et l'art. 50 autorise l'action de 50 francs, avec versement obligatoire du dixième, au lieu du quart. Comment supposer, en face de ce texte précis, que l'action devra être de 100 francs au lieu de 500 francs? Il n'y a là aucune équivoque. » (2) Ainsi, en toute hypothèse, et quel que soit le chiffre auquel atteigne le capital social, les actions pourront n'être que de 50 francs.

1744. Ce *minimum* de 50 francs est faible assurément, surtout si l'on songe que le versement obligatoire est seulement du dixième. Et, toutefois, si faible qu'il soit, il a été considéré comme trop élevé, et il a donné lieu, sous ce rapport, à de très-vives critiques. Les actions, a-t-on dit, pourraient être établies à 10 francs; la fixation de 50 francs édictée par la commission est un *minimum* qui peut nuire aux sociétés coopératives, sans leur être à aucun point de vue utile. Ces sociétés,

(1) Observations de M. Émile Ollivier (Tripier, t. II, p. 370).

(2) Deuxième rapport de la commission (Tripier, t. I, p. 224 et 225). Voy. aussi *Id.* (t. II, p. 426 et suiv.).

qu'elles soient de consommation, de crédit ou de production en commun, ont un besoin principal et un but spécial, c'est d'attirer le plus de membres possible; or, le chiffre de 50 francs peut écarter un certain nombre de personnes (1). Cependant, l'amendement fut écarté par cette considération que, réduire les actions à 10 francs, ce serait du même coup abaisser le *minimum* du dixième au-dessous duquel le capital social ne peut être réduit par les reprises d'apports (*infrà*, n° 1755), ce qui serait gravement compromettre l'intérêt des tiers (2). Il faut dire, pourtant, que cela n'était rien moins que décisif. On pouvait répondre et on répondait que le taux de l'action était sans influence aucune sur le chiffre *minimum* qui devait rester dans la caisse sociale; car, étant donné un capital de 200 000 francs, le dixième étant toujours de 20 000 francs, il importe peu, au point de vue de l'intérêt des tiers, que le capital soit divisé en 4 000 actions de 50 francs ou en 20 000 de 10 francs. Mais, en définitive, le rejet de l'amendement se conçoit à merveille : il n'y a pas d'avantage réel à abaisser le taux d'émission tellement qu'on puisse souscrire une action comme on prend un billet de loterie; et, d'un autre côté, il est utile, au point de vue de la société elle-même, que chaque actionnaire ait dans la société un intérêt suffisant pour qu'il ne reste pas indifférent à la bonne direction des affaires sociales.

1745. Par une autre dérogation, et d'après l'art. 51, la société à capital variable est définitivement constituée *après le versement du dixième*. Pour les sociétés ordinaires, anonymes ou en commandite par actions, le versement obligatoire est *du quart* du capital souscrit, c'est-à-dire du quart de la totalité du capital social en numéraire (art. 1er, § 2, et art. 24). Mais quelle est la portée de la dérogation et dans quelle mesure l'art. 51 a-t-il modifié, sous ce rapport, l'obligation imposée aux sociétés ordinaires? Quelques doutes peuvent s'élever à cet égard en raison de la différence des textes.

Les art. 1er et 24, nous le rappelons, expriment que les sociétés par actions « ne peuvent être définitivement constituées *qu'après la souscription de la totalité du capital social* et le versement, *par chaque actionnaire,* du quart au moins du montant des actions *par lui souscrites.* » Or, la formule, en ce qui concerne les sociétés à capital variable, est bien moins explicative : l'obligation du versement est seule mentionnée dans l'art. 51. On peut donc se demander d'abord si la société serait définitivement constituée dès que, d'une manière quelconque, elle aurait réalisé son capital dans la proportion du dixième, par exemple si cette fraction du capital avait été fournie par un seul ou par plusieurs des associés. A s'en tenir à la lettre de la loi, on le pourrait croire. Ce n'est pas ainsi, cependant, que le texte doit être entendu. La pensée du législateur, dans l'art. 51, a été, non point d'abandonner la règle posée par l'art. 1er, § 2, mais simplement de la tempérer quant

(1) Observations de M. Paul Bethmont (Tripier, t. II, p. 427 et suiv.).
(2) Voy. la réponse du ministre du commerce (*ibid.*, p. 435 et suiv.).

à la mesure ou à la quotité du versement obligatoire. Dès lors, il ne suffira pas, pour que la société à capital variable soit définitivement constituée, que le dixième de son capital ait été réalisé; il faudra que ce dixième, dont le versement est la condition nécessaire de sa constitution, provienne de tous les associés dont chacun devra avoir versé autant de fois cinq francs qu'il aura souscrit d'actions (*suprà*, nos 871 et 872).

1746. L'art. 51 étant muet sur la condition relative *à la souscription de la totalité du capital social*, on peut se demander, en second lieu, s'il en résulte, pour la société à capital variable, que la régularité de sa constitution ne soit pas subordonnée à cette condition. La raison de douter, en ce point, vient de l'art. 48, dont le paragraphe premier autorise l'augmentation du capital social par l'*admission d'associés nouveaux*, ce qui, peut-on dire, paraît supposer que le capital social ne sera pas souscrit dès le principe. Toutefois, la raison de décider en sens contraire s'induit du second paragraphe de ce même article. Et, en effet, il y est exprimé que les sociétés à capital variable sont soumises *aux règles générales qui leur sont propres suivant leur forme*. Or, par là, l'art. 48 s'est virtuellement référé à l'art. 1er, dont le paragraphe 2 fait de la souscription de la totalité du capital social l'*une des règles propres* aux sociétés par actions. C'est précisément parce qu'il se référait à la disposition générale de l'art. 1er, dans laquelle la règle est consacrée, que le législateur n'a pas reproduit cette règle dans l'art. 48; et s'il en a usé autrement en ce qui concerne l'obligation du versement, c'est que cette autre règle étant modifiée en faveur des sociétés à capital variable, il était indispensable de s'en expliquer (1). Donc, pour ces dernières sociétés, comme pour les sociétés ordinaires par actions, c'est une condition nécessaire à leur constitution définitive que le capital soit souscrit en totalité. Ajoutons, d'ailleurs, que cette nécessité n'est en aucune façon exclusive de la faculté d'admettre des associés nouveaux, et n'a rien d'incompatible ou d'inconciliable avec elle. Cette faculté, en effet, restera ouverte dans des hypothèses diverses. Ainsi, des associés nouveaux pourront s'adjoindre à la société pour remplir les vides qui, par l'effet de retraites ou autrement, se seraient produits dans le personnel social. L'adjonction sera possible encore dans le cas d'augmentation du capital social par délibérations de l'assemblée générale.

1747. Elle sera possible également dans le cas où, en même temps qu'ils auraient fixé le capital social à une somme déterminée, les statuts stipuleraient que la somme pourra ultérieurement être élevée jusqu'à un certain *maximum* au moyen de souscriptions postérieures à la constitution de la société. Ainsi, il a été dit par les statuts que le capital social est de 100 000 francs divisé en 2 000 actions de 50 francs, et que néanmoins il pourra être augmenté de 50 000 francs par la souscription de 1 000 actions nouvelles. Dans ce cas, il faudra, pour

(1) Voy. M. Bédarride (no 556).

que la société soit définitivement constituée, que le capital originaire de 100 000 francs, c'est-à-dire les 2 000 actions de constitution, soit souscrit en totalité, et que le dixième, soit 10 000 francs, ait été versé. Ce sera nécessaire; mais ce sera suffisant. Après la souscription des 100 000 francs en totalité et le versement du dixième, la société est régulièrement et définitivement constituée. Quant à l'augmentation de 50 000 francs prévue ou réservée par les statuts, la société, lorsque, jugeant à propos de faire usage de la réserve, elle émettra ses 1 000 actions nouvelles, avisera comme elle l'entendra au meilleur moyen de se procurer des souscripteurs, mais elle ne sera nullement tenue, en ce qui concerne ce capital nouveau, d'attendre qu'il soit souscrit en totalité et réalisé dans la proportion du dixième.

D'ailleurs, en généralisant cette solution, nous l'étendons sans difficulté aux augmentations successives que toute société à capital variable constituée par actions est autorisée, par la loi elle-même, à voter chaque année. La jurisprudence, on le sait, décide, en ce qui concerne les sociétés ordinaires en commandite ou anonymes, qu'il n'y a pas de distinction à faire entre le capital originaire et le capital d'augmentation, que l'un et l'autre doivent être constitués dans les mêmes conditions, c'est-à-dire souscrits en totalité et réalisés jusqu'à concurrence du quart. Nous avons, pour notre part, contesté cette doctrine (*suprà*, n° 876); et nous maintenons ici notre solution d'autant plus que la loi, en autorisant ces augmentations dans les sociétés à capital variable, s'est bornée, nous l'allons voir, à en fixer la mesure ou à déterminer le *maximum*, et n'en a subordonné la régularité à aucune autre condition.

III. — 1748. Comme compensation aux faveurs dont jouissent les sociétés à capital variable constituées par actions, le législateur a cru nécessaire, et très-justement, de prendre certaines précautions. La limitation du capital social est la première. Dans les projets primitifs du gouvernement, la limitation portait sur les objets auxquels pourraient s'appliquer ces sortes d'associations, dites alors sociétés coopératives. Mais du jour où il a été admis que, sous cette autre dénomination de société à capital variable, allait s'établir une combinaison offerte à toutes les sociétés commerciales, quels que fussent l'objet de l'entreprise et la condition sociale des associés, la nécessité est apparue de limiter le capital social, afin d'éviter que des sociétés appliquées à des capitaux considérables ne cherchassent dans la combinaison nouvelle un moyen d'éluder les dispositions décrétées par la loi en vue de prévenir et d'éviter l'agiotage. A quelque chiffre qu'on abaisse le capital, dit la commission du Corps législatif, on rencontre une contradiction inévitable entre l'action de 50 francs avec versement obligé du dixième, et les dispositions applicables à la commandite et à la société anonyme qui fixent le chiffre de l'action à 100 ou à 500 francs, et imposent le versement préalable du quart. Ne pas limiter le capital, ce serait aggraver l'antinomie. Ne pas réglementer, en la limitant, la faculté de l'accroître par des émissions successives, ce serait s'exposer à voir un grand nombre de sociétés se constituer avec un capital variable, profiter de la

coupure de 50 francs avec versement du dixième, et s'emparer, grâce à ces facilités, de cette masse de petits souscripteurs faciles à surprendre et à entraîner (1). Écrit à ce point de vue, l'art. 49 dispose, d'une part, que « le capital social ne pourra être porté par les statuts constitutifs de la société au-dessus de la somme de 200 000 francs », et, d'une autre part, que ce capital « pourra être augmenté par des délibérations de l'assemblée générale, prises d'année en année, et que chacune des augmentations ne pourra être supérieure à 200 000 fr. »

Ainsi, il y aura un capital originaire qui pourra descendre aussi bas que possible, puisque, dans les sociétés anonymes composées du nombre réglementaire de sept associés, il pourrait n'être que de 350 francs, mais qui ne pourra jamais être supérieur à 200 000 francs. Et puis, si le développement des opérations sociales crée des besoins nouveaux, la société y pourra pourvoir, d'année en année, par des augmentations successives, dont aucune, d'ailleurs, ne devra excéder cette même somme de 200 000 francs, et qui, destinées à répondre à des besoins nouveaux et à mesure qu'ils naissent, ne pourront en aucun cas être votées à l'avance.

1749. A cette première précaution, l'art. 50 en ajoute une autre prise dans la même pensée. Par dérogation à l'art. 3, d'après lequel il peut être stipulé, dans les statuts des sociétés ordinaires par actions, que les actions ou coupons d'actions pourront, après avoir été libérées de moitié, être converties en actions au porteur par délibération de l'assemblée générale, cet art. 50 dispose, quant aux sociétés à capital variable, « que les actions ou coupons d'actions seront nominatives, même après leur complète libération... » C'est encore du danger de l'agiotage que se préoccupe ici le législateur : il écarte par un obstacle légal la spéculation « des hommes audacieux qui tenteraient de bâtir sur de brillants mensonges des sociétés dont le capital, divisé à l'infini, solliciterait et ruinerait les plus humbles épargnes. » (2) L'*action au porteur* étant surtout l'instrument de l'agiotage, le législateur ne permet pas qu'à aucune période de son existence une société à capital variable puisse avoir des titres en cette forme, ses titres fussent-ils même entièrement libérés.

1750. En outre, et pour compléter la mesure, le même art. 50 admet bien que les actions pourront être négociées après la constitution définitive de la société, et, dès lors, après le versement du dixième, comme elles sont négociables, dans les sociétés ordinaires, après le versement du quart (art. 2); mais il ajoute que « la négociation ne pourra avoir lieu que par voie de transfert sur le registre de la société »; et, en cela encore, il déroge aux règles établies pour les sociétés ordinaires, dans lesquelles la négociation peut être faite suivant les modes usités en matière commerciale, sauf les distinctions et les réserves ci-dessus précisées (*suprà*, nos 1588 et 1589).

(1) Voy. le premier rapport (Tripier, t. I, p. 199).
(2) Premier rapport de la commission (*loc. cit.*, p. 197).

1751. La loi ne parlant que de la *négociation*, quelques auteurs en ont conclu qu'elle n'a pas entendu défendre la cession effectuée suivant les formes du droit civil (1). L'induction, à notre avis, est fautive. L'art. 50 est évidemment limitatif; il l'est dans ses termes; il l'est aussi dans la pensée du législateur. Ce que la loi s'est proposé, dit exactement M. Bédarride, « c'est d'empêcher l'introduction dans la société d'associés dont la personnalité, dont l'inaptitude ou l'incapacité, serait pour elle une menace et un danger permanents. Or, à ce point de vue, qu'importe que la transmission s'accomplisse commercialement ou civilement? Le danger serait le même dans les deux cas... » (2)

1752. Enfin, le législateur ne s'arrête pas à mettre des entraves à la négociation des actions, et à prémunir par là les associations de l'espèce contre les dangers de la spéculation; il dit de plus, par le même art. 50, que « les statuts pourront donner, soit au conseil d'administration, soit à l'assemblée générale, le droit de s'opposer au transfert. » Ce droit de *veto* se comprend à merveille, étant donnée la nature propre de l'association en vue de laquelle la stipulation de capital variable est autorisée. Les associations de l'espèce, alors même qu'elles affectent la forme de l'anonymat ou de la commandite par actions, sont encore des sociétés de personnes plus que des sociétés de capitaux (3). Et, en effet, si, vis-à-vis des tiers, l'élément personnel s'efface et disparaît derrière l'élément réel, soit le capital fourni ou à fournir par les souscripteurs, il est vrai de dire que, dans leurs rapports entre eux, ceux-ci sont moins des actionnaires que des associés véritables. L'avenir de la société, selon l'expression de la commission du Corps législatif, dépend en grande partie de l'union des associés, et cette union naîtra surtout de l'harmonie des éléments qui en constitueront le personnel. Ce qu'il faut souhaiter de voir réunis sous le même drapeau, ce sont des hommes qui se connaissent, liés par la pratique des mêmes devoirs, laborieux, économes, intelligents, et mettant en commun ce capital moral, supérieur de beaucoup, au point de vue du succès même, aux faibles ressources matérielles sur lesquelles reposera l'association. Que, dans ces conditions, ils veuillent surveiller de près la transmission des parts, et même se réserver le droit d'y opposer leur *veto*, cela est rationnel, sage et légitime; c'est, d'ailleurs, l'application de la règle du droit commun écrite dans l'art. 1861 du Code civil (4). Seulement, l'exercice de ce droit d'opposition ou de veto devra appartenir soit à l'assemblée générale seule à l'exclusion du gérant et du conseil de surveillance si la société est en commandite par actions, soit, si elle est anonyme, au conseil d'administration ou à l'assemblée générale.

---

(1) Voy. notamment M. Rivière (n° 335).
(2) Voy. M. Bédarride (n° 554). *Junge* M. Alauzet (n° 588).
(3) « Ce sont encore, a dit M. Ernest Picard dans la discussion de la loi, des associations de capitaux, mais subordonnées à des associations de personnes. » (Tripier, t. II, p. 372.)
(4) Voy. le premier rapport de la commission (Tripier, t. I, p. 199).

1753. Les art. 49, 50 et 51, § 3, dont le commentaire précède, ont précisé les faveurs et les précautions édictées spécialement en vue des sociétés *par actions* stipulées à capital variable. Ce n'est pas à dire que ces sociétés soient régies par ces seules dispositions. Elles sont, en outre, soumises aux règles générales communes aux sociétés à capital variable, quelle qu'en soit la forme, et dont il nous reste maintenant à nous occuper.

IV. — 1754. *Règles communes à toutes les sociétés à capital variable.* La première règle à noter, qui tient au caractère même de l'association (*suprà*, n° 1738), c'est que les associés ont la faculté de retirer leur mise en tout ou en partie : la société, en effet, est à capital variable non-seulement parce que le capital en est susceptible d'augmentation, mais encore parce qu'il peut être diminué « par la reprise totale ou partielle des apports effectués. » (Art. 48.) Cette faculté existe dans toutes les sociétés à capital variable, dans celles dont le capital est divisé par actions aussi bien que dans les autres.

1755. L'idée contraire a été émise dans la discussion de la loi. La faculté de reprise, au moins en ce qui concerne les retraits partiels, y fut présentée comme incompatible avec le principe de l'art. 34 du Code de commerce, d'après lequel le capital des sociétés anonymes se divise en actions *de valeur égale*. La loi, disait-on, suppose une entrée continuelle d'associés venant faire des apports nouveaux et indéterminés quant à leur quotité, qui sont inscrits sur les registres de la société. En face de ce fait nouveau que la loi consacre, la réglementation de l'art. 34 devient une gêne, une impossibilité même. Les membres de ces sociétés à capital variable n'ont jamais et ne peuvent avoir que des mises très-inégales, et, par conséquent, ne peuvent avoir dans les mains, comme représentation de ces mises, que des titres, actions ou autres, très-inégaux. Le ministre d'État et des finances a répondu à l'objection. « Sans doute, d'après l'art. 34 du Code de commerce, les actions doivent être divisées par parts égales. Mais cela veut-il dire que, dans l'intérieur de la société, les retraits partiels du capital versé changeront la situation? Pas le moins du monde. Vous avez fait une opération initiale qui aura divisé le capital social en autant d'actions que de chiffres de 50 francs; chacun des sociétaires aura versé 5 francs; l'action sera constituée; elle sera délivrable. Les sociétaires verseront ensuite 25, 30, 40 francs; puis ils retireront une portion de cette somme : l'action initiale sera toujours de 50 francs. Mais comme les versements pourront être variables aux termes de l'art. 48, les parts de bénéfices seront variables elles-mêmes. L'action ne correspond pas, nécessairement et fatalement, à une division de bénéfices correspondante. Le Code de commerce ne dit pas un mot de cela. Il dit bien qu'initialement on divisera les actions en portions égales; mais il ne règle pas le mode de partage des bénéfices. Ce partage peut être incessamment variable... Ainsi, un ouvrier aura versé 25 francs, il prendra son bénéfice pour la part proportionnelle à son versement; un autre aura versé 5 francs, il prendra une part proportionnelle à ce versement; un autre, enfin, aura

versé 50 francs, il prendra également une part proportionnelle à ce versement de 50 francs. La division initiale n'influe donc nullement sur les retraits partiels : ces retraits servent seulement à fixer la répartition des bénéfices sociaux... » (1)

1756. Cependant, cette faculté de reprise des apports, règle commune à toutes les sociétés à capital variable, n'est pas illimitée. Il y a un minimum au-dessous duquel le capital social ne doit et ne peut jamais descendre par l'effet des reprises que les associés voudraient opérer. Sans parler des tiers, dont le capital social est l'unique garantie spécialement dans les sociétés anonymes, et auxquels il fallait bien offrir une donnée positive qui leur permît d'apprécier le degré de confiance qu'ils pourraient faire à la société, la limitation du droit de reprise des apports était nécessaire dans l'intérêt de la société elle-même. Laisser les associés libres de retirer leurs mises sans réserve aucune, et quel que fût l'état de la caisse sociale, c'eût été non-seulement détruire le crédit de la société ou lui interdire le plus souvent les achats à terme, mais encore paralyser l'entreprise commune dans la main des gérants ou des administrateurs par la crainte incessante que des reprises intempestives ne vinssent les mettre dans l'impossibilité de faire face à leurs engagements. Le législateur devait mettre la société à l'abri de ces dangers, et il a voulu y pourvoir par les premiers paragraphes de l'art. 51, aux termes desquels « les statuts détermineront une somme au-dessous de laquelle le capital ne pourra être réduit par les reprises des apports autorisées par l'article 48. — Cette somme ne pourra être inférieure au dixième du capital social. »

Ainsi, dans l'économie de la loi, c'est à la société elle-même qu'il appartient d'aviser; le législateur lui en impose le devoir : il se borne à déterminer un *minimum* au-dessous duquel le capital ne pourra jamais descendre par l'effet des reprises. Si, négligeant le devoir qui lui est tracé, la société omet de s'expliquer dans ses statuts, ce *minimum* sera nécessairement la mesure du capital irréductible. Que si, au contraire, la société prend le soin de s'expliquer, ainsi qu'elle le doit faire, il lui appartiendra de statuer, et, sous la seule condition de fixer une somme qui ne soit pas inférieure au dixième du capital social, *minimum* déterminé par la loi, elle sera entièrement libre de réglementer le droit de reprise des apports. Elle pourra, par exemple, exclure les reprises partielles; elle pourra dire que, totales ou partielles, les reprises ne seront autorisées que lorsque, par l'effet des versements effectués, la somme réalisée aura atteint la moitié du capital souscrit, et qu'ensuite elles ne pourront pas réduire le capital au-dessous de la moitié. Elle pourra stipuler que la somme à maintenir comme capital irréductible sera déterminée, à la clôture des exercices, par l'assemblée générale sur la proposition du conseil d'administration; ou encore, qu'en tout état de cause, les reprises devront être annoncées au préalable et ne pourront être effectuées qu'après tel ou tel délai. C'est un point, en un mot,

(1) Tripier (t. II, p. 379 et suiv.).

que la loi abandonne à la convention des parties, sous la seule limitation du minimum qu'elle indique.

D'ailleurs, du moment que, par une cause quelconque, le capital social se trouve réduit à la somme ou à la quotité déterminée par les statuts ou par la loi, il ne peut plus être effectué de reprises par aucun associé. Peut-être le texte de la loi pourrait-il donner à penser qu'il en doit être ainsi seulement dans le cas de réduction du capital social par l'effet des reprises opérées. Mais le législateur, il ne faut pas l'oublier, en exigeant la détermination d'une somme au-dessous de laquelle le capital social ne doit pas descendre, en imposant ainsi un *minimum* aux sociétés de l'espèce, a entendu faire de cette mesure une garantie pour les tiers et une précaution dans l'intérêt de la société elle-même. Or, dans ces termes, la condition du *minimum* s'impose en toute hypothèse. Et, s'il arrivait, par exemple, que le capital social fût réduit à la somme déterminée uniquement en raison de pertes que la société aurait éprouvées, le droit de reprendre les mises en tout ou en partie serait désormais éteint aussi bien et au même titre que si la réduction avait été la suite de reprises antérieurement opérées (1).

V. — 1757. Par l'art. 48, la loi permet que les associés stipulent ou se réservent la faculté de reprendre leurs apports en totalité. Elle leur reconnaît virtuellement par là le droit de sortir de la société, un associé ne pouvant reprendre sa mise entière sans cesser par cela même de faire partie de la société. Le législateur, cependant, a cru devoir consacrer ce droit en termes exprès; et, en effet, comme corollaire de l'art. 48, l'art. 52, dans sa première partie, exprime que « chaque associé pourra se retirer de la société lorsqu'il le jugera convenable... » Il était, au surplus, nécessaire, en quelque sorte, de reconnaître et de consacrer ce droit pour les *sociétés coopératives*, qui, on le sait, furent à l'origine l'objet unique de la préoccupation du législateur. Les associations de l'espèce se forment entre personnes que leur situation même expose à des éventualités nombreuses, parfois très-pressantes, et qui, dès lors, consentiraient difficilement à verser leurs épargnes dans la caisse sociale s'ils n'avaient la possibilité de les retirer quand la maladie, le chômage, un changement de résidence, les mettraient dans la nécessité d'en reprendre la disposition.

Mais, tout en reconnaissant qu'il n'était pas possible, sans mettre en question l'existence même des sociétés coopératives, de refuser d'une manière générale aux associés le droit de sortir de l'association, il importait d'aviser à ce que l'exercice de ce droit ne tournât pas au détriment de la société elle-même et des tiers. De là les réserves que l'art. 52 lui-même a formulées : chaque associé pourra se retirer de la société, « à moins de conventions contraires et sauf l'application du paragraphe premier de l'article précédent. » Ainsi, le capital social est-il, par une cause quelconque, réduit au dixième fixé comme *minimum* par l'article 51, aucun associé ne pourra plus se retirer de la société par la re-

(1) Voy. MM. Mathieu et Bourguignat (n° 298).

prise de la mise entière. A-t-il été stipulé par les statuts que le capital irréductible serait, non du dixième fixé par la loi, mais du cinquième, du quart, de la moitié, la faculté de sortir de la société cessera pour tous les associés du jour où ce capital social se trouverait réduit à la proportion déterminée. Ce droit a-t-il été réglementé d'une manière spéciale, par exemple subordonné à la condition que les retraites ou reprises d'apports seraient soumises à l'appréciation du conseil d'administration ou de l'assemblée générale, ou encore qu'elles ne pourraient être opérées qu'après avoir été annoncées un certain temps à l'avance, le droit ne pourra être exercé que conformément à la réglementation arrêtée. Ces dernières conditions, d'ailleurs, ne seraient pas sans utilité, et on peut les conseiller comme moyen d'éviter qu'à un moment donné le bénéfice de l'art. 52, dans la disposition qui consacre le droit de se retirer de la société, devienne le prix de la course. Ainsi, le fait de la reprise de son apport par un associé étant connu, les autres pourrraient avoir la pensée de l'imiter, et chacun alors se hâterait d'arriver à temps, c'est-à-dire avant le moment où le capital social soit devenu irréductible par suite des reprises effectuées par ceux qui l'auraient précédé.

1758. Cela, du reste, semble avoir été prévu au cours de la discussion de l'art. 52. On a rappelé les dispositions des art. 1869 et 1870 du Code civil, aux termes desquels la dissolution *ad nutum,* qui s'opère par une simple renonciation, n'est utile et valable qu'autant qu'elle est de bonne foi et qu'elle n'est pas faite à contre-temps. Voilà, a-t-on dit, les dispositions qui s'appliquent à la retraite d'un ou plusieurs des associés. Cependant, il est facile de prévoir le cas où une grande partie des associés se retireraient de façon à nuire à la société et uniquement pour lui nuire. Les dispositions du droit commun sont-elles réservées dans leur application pour cette hypothèse (1)? La réponse ne pouvait pas être douteuse. En présence de l'art. 52, qui consacre le droit pour chaque associé de sortir de la société *quand il le juge convenable,* on ne saurait recourir aux prescriptions du droit commun et lui emprunter les règles auxquelles précisément la loi spéciale a voulu déroger. Mais ce n'est pas à dire que les membres d'une société à capital variable puissent, à la faveur de l'art. 52, pactiser et s'entendre, pour se retirer frauduleusement de manière à nuire à la société. Si l'on demande notre sentiment, disait le rapporteur de la commission en répondant à l'interpellation, sur l'hypothèse où plusieurs associés, par une sorte de coalition, c'est-à-dire par une fraude véritable, pour jeter la société dans des embarras, par une fraude, le mot dit tout, se retiraient dans des conditions inopportunes : nous répondons que la fraude fait exception à toutes les règles, et qu'il pourrait y avoir dans ce cas, pour les tribunaux si la question leur était soumise, lieu d'appliquer, en effet, les principes du droit commun (2).

(1) Observations de M. Ernest Picard (Tripier, t. II, p. 449).
(2) *Ibid.* (*loc. cit.*).

1759. Si chaque associé peut se retirer de la société quand il le juge convenable, aux termes de l'art. 52, d'un autre côté, ce même article, par une dérogation notable aux principes généraux, donne à la société le droit d'*imposer* la retraite à un ou à plusieurs associés. « Il pourra être stipulé, est-il dit au second paragraphe de notre article, que l'assemblée générale aura le droit de décider, à la majorisé fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cesseront de faire partie de la société. » En cela, le législateur a eu en vue le maintien de l'ordre et de l'harmonie dans l'intérieur des sociétés de coopération, lesquelles, il faut le répéter, alors même qu'elles sont constituées par actions, n'en restent pas moins, à certains égards, des sociétés de personnes. Son œuvre, d'ailleurs, eût été incomplète si, après avoir consacré pour la société, par l'art. 50, le droit de s'opposer au transfert des actions, c'est-à-dire à l'entrée de nouveaux membres qui pourraient ne pas lui offrir de garanties suffisantes, il ne lui avait pas permis de se débarrasser de ceux qui auraient porté dans son sein des éléments de trouble et de discorde. Seulement, le texte de la loi précise nettement les conditions auxquelles est subordonné le droit de la société à cet égard. Il faut : 1° qu'il ait été réservé ou stipulé dans les statuts; 2° que la retraite de l'associé soit prononcée par une délibération de l'assemblée générale; 3° que cette délibération soit prise à la majorité fixée pour les modifications des statuts.

1760. Il peut arriver que le pacte social n'ait pas prévu la modification des statuts et n'ait pas eu, dès lors, à fixer la majorité nécessaire pour la voter. Dans ce cas, la moitié plus un des votants sera suffisante; mais la règle posée dans l'art. 31 s'imposera alors, et, par suite, l'assemblée ne sera régulièrement constituée et ne délibérera valablement qu'autant qu'elle sera composée d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social.

Ajoutons que toute décision de l'assemblée qui, dans les conditions voulues, prononce l'exclusion d'un ou de plusieurs associés, est souveraine. La décision est prise par l'assemblée dans la plénitude de ses attributions; les associés qu'elle retranche de la société ne sauraient être admis à la déférer aux tribunaux pour en obtenir la réformation.

1761. Ce droit d'exclusion a pourtant sa limite dans la nécessité pour la société de conserver dans sa caisse un capital irréductible. Comme l'exclusion n'est possible qu'à la condition de payer ce qui leur revient aux associés exclus, il est clair que si le capital est déjà réduit au *minimum* déterminé par la convention ou par la loi, la société rencontre là un obstacle à l'exercice de son droit. Toutefois, l'obstacle n'est pas insurmontable : la société pourra user de ce droit si elle trouve un tiers qui veuille se substituer à l'associé à exclure en le désintéressant, ou si les coassociés consentent à le désintéresser eux-mêmes au moyen d'une cotisation.

Mais alors, comme dans tous les cas, du reste, où des exclusions sont prononcées, se présente la question de savoir ce qui doit être payé à l'associé sortant par un vote de l'assemblée. La loi, qui, nous l'allons

voir, a réglé les effets de la retraite, soit volontaire, soit forcée, d'un membre de la société (*infrà*, n° 1763), n'a pas touché à ce point. En l'absence d'une disposition précise, les principes généraux conduisent à dire qu'il ne suffirait pas de rendre à l'associé exclu ce dont il a fait apport à la société. Ce qui lui est dû, c'est la somme même qu'il aurait obtenue si l'on avait procédé à une liquidation complète de la société au moment où son expulsion a été prononcée : il est de principe, en matière de société, que tout associé a droit à une fraction de l'actif social, la valeur de cette fraction fût-elle supérieure à la mise par lui effectuée. Il faudrait donc, à chaque expulsion, procéder à une liquidation partielle. C'est pourquoi les sociétés coopératives agiront sagement, en prévoyant le cas, de stipuler un mode d'évaluation de l'actif social. Elles pourront dire, par exemple, que la part de l'associé exclu sera évaluée d'après le dernier inventaire; elles échapperont par là à la nécessité d'établir le bilan de la société, qui, si elle s'imposait pour chaque exclusion prononcée, rendrait à peu près illusoire le droit concédé par l'art. 52 à la société.

1762. D'après quelques auteurs, la solution devrait être étendue même au cas où des associés se retireraient volontairement de la société (1). Nous ne croyons pas, cependant, qu'il faille aller jusque-là. Le législateur, en disant que chaque associé pourra se retirer de la société quand il le jugera convenable, a entendu consacrer seulement le droit pour chaque associé de reprendre en totalité les apports qu'il a faits à la société. C'est indiqué dans l'exposé des motifs. « Il est bien évident, y est-il dit, que lorsqu'un associé aura repris sa mise entière, il ne sera plus associé... *On n'est plus associé lorsqu'on a retiré son apport.* Pour que personne ne puise se méprendre à cet égard... l'article 54 (52) déclare en termes formels que *chaque associé peut se retirer de la société quand il le juge convenable.* » (2) Donc, si l'associé qui se retire peut opérer sa reprise totale *des apports effectués,* selon l'expression de l'art. 48, il ne peut, en aucun cas, réclamer une somme supérieure au montant de ces apports.

Ajoutons qu'il peut même n'avoir pas droit, en toute hypothèse, à la retenir intégralement. Et ceci nous conduit à la dernière disposition de l'art. 52, par laquelle sont déterminés certains effets de la retraite volontaire ou forcée des associés.

1763. Aux termes du paragraphe 3, l'associé qui cessera de faire partie de la société, soit par l'effet de sa volonté, soit par suite de décision de l'assemblée générale, restera tenu, pendant cinq ans, envers les associés et envers les tiers, de toutes les obligations existant au moment de sa retraite. — « Il n'était pas possible, continue l'exposé des motifs déjà cité, que, par sa retraite, un associé pût se soustraire aux engagements qu'il aurait contractés par des stipulations expresses, ou qui seraient la conséquence de la qualité d'associé temporairement at-

(1) Voy. notamment M. Bédarride (n° 574).
(2) Premier exposé des motifs (Tripier, t. I, p. 66).

tachée à sa personne. Il sera libre pour l'avenir, par le seul effet de sa volonté, mais sa volonté ne le dégage point des obligations qu'il aura contractées formellement ou tacitement. »

Ainsi, les tiers pourront, en cas d'insuffisance de l'actif, poursuivre contre l'associé sorti de la société l'exécution des obligations contractées avant sa retraite volontaire ou forcée. Bien que retiré, il reste, en raison de la qualité d'associé qu'il a eue, tenu de ces obligations jusqu'à concurrence du montant des actions qu'il avait souscrites; ou, s'il était commanditaire, jusqu'à concurrence de la somme dont il avait promis l'apport à la commandite. Il en reste tenu même indéfiniment, s'il était associé en nom, sauf, bien entendu, son recours contre les associés ou contre la société, si l'insuffisance de l'actif tenait à des causes nées après sa retraite. Par exemple : Pierre, Paul et Louis ont formé entre eux une société en nom collectif à laquelle chacun a fait un apport de 5 000 fr. Après quelque temps, Louis veut se retirer de la société et reprendre sa mise; l'actif social, à ce moment, est de 25 000 francs, et le passif de 10 000 : Louis peut donc reprendre son apport, l'actif net étant de 15 000 francs. Mais, après sa retraite, surviennent des désastres, l'actif social est absorbé pour la plus grande partie par suite de fausses spéculations et d'entreprises malheureuses : il y a des créanciers qui ont traité avec la société quand Louis en était encore membre; et, n'étant pas payés par la caisse sociale, qui est épuisée, ils s'adressent à ce dernier et lui demandent payement. La demande est fondée, et Louis y devra satisfaire, car, membre d'une société en nom collectif dont la modalité de capital variable n'avait pas modifié le caractère, il était obligé et tenu solidairement des engagements contractés par elle. Mais, d'un autre côté, comme Pierre et Paul, en permettant à Louis de reprendre sa mise seulement sur l'actif net, ont pris à leur charge toutes les dettes de la société, ce dernier sera fondé à leur réclamer la somme qu'il aura été contraint de payer aux créancier de la société.

1764. Ce n'est pas seulement envers les tiers, c'est aussi vis-à-vis des associés eux-mêmes et de la société que, d'après l'art. 52, § 3, l'associé sortant reste tenu de toutes les obligations existant au moment de sa retraite. Cela ne se comprend guère, a-t-on dit; car, en établissant les droits de l'associé, dont la retraite constitue pour lui une véritable dissolution et doit par suite déterminer une liquidation à son égard, la société a dû recevoir et garder en mains de quoi satisfaire au payement des dettes; et si elle ne l'a pas fait, elle a commis une faute dont elle ne devrait pas être admise à rejeter la responsabilité sur l'ancien associé (1). Toutefois, même en admettant que la société et les associés aient à se reprocher la faute supposée, on peut dire que le recours qui leur est réservé par la loi contre l'associé sortant a sa raison d'être et son explication. Il peut se faire qu'au moment de la retraite volontaire ou forcée d'un associé, il y ait dans l'actif social des valeurs dont le recouvrement n'a pas donné tout ce qu'on en devait attendre;

(1) Voy. M. Bédarride (n° 574).

que, par suite, les pertes éprouvées par la société aient dépassé ses prévisisions, en sorte qu'il aurait été remboursé à l'associé sortant plus qu'il ne lui était dû en réalité. Quoi de plus naturel et de plus juste que d'autoriser, en semblable hypothèse, la société ou les associés à recourir contre lui?...

1765. La loi renferme, d'ailleurs, dans un délai limité le recours qu'elle accorde soit aux tiers, soit à la société : cinq ans à partir de la retraite volontaire ou forcée de l'associé. Un amendement avait été proposé pour que la durée de la responsabilité fût de deux ans seulement. Mais il n'y a pas été insisté devant la Chambre (1). La commission du Corps législatif, qui en proposait le rejet, s'était arrêtée au terme de cinq ans, parce qu'elle l'avait trouvé écrit dans l'art. 64 du Code de commerce relatif à la liquidation des sociétés. « La retraite ou l'exclusion, disait-elle, a été considérée comme une sorte de liquidation partielle pouvant, avec raison, entraîner les mêmes conséquences pour les associés non liquidateurs qu'une liquidation totale. Le délai de cinq ans se justifie encore par un autre motif : il est celui de la prescription des actions en matière de lettres de change et de billets à ordre. Comment n'y pas mesurer la garantie offerte aux tiers?... » (2) La fixation du délai de cinq ans n'est donc, *quant au recours des tiers* contre l'associé sorti de la société, qu'une application du droit commun. Mais, par rapport *au recours des associés,* elle constitue une dérogation, en ce que les actions des associés les uns contre les autres sont, en règle générale, soumises à la prescription trentenaire. La loi réduit ici le recours à cinq ans, et, en outre, est-il dit au rapport de la commission, ce délai pourrait même être abrégé, au moins dans les rapports des associés entre eux. On pourrait fixer un an, deux ans, trois ans, après lesquels l'associé, s'il restait encore tenu vis-à-vis des tiers, serait complétement dégagé envers la société, désormais seule responsable.

VI. — 1766. Les sociétés à capital variable, quelle qu'en soit la forme, seront valablement représentées en justice par leurs administrateurs : c'est la disposition de l'art. 53. « Peut-être, dit l'exposé des motifs, les sociétés de coopération qui se sont établies déjà, et *qui ont le caractère de sociétés civiles,* n'ont-elles pas encore eu l'occasion de se présenter devant la justice pour la défense de leurs intérêts. Il faut désirer qu'il en soit longtemps ainsi; mais, en formant ce vœu, on peut craindre qu'il ne se réalise pas. Alors, *les sociétés civiles* se trouveraient en présence de la jurisprudence qui leur refuse le droit d'ester en justice par leurs administrateurs, et qui exige que tous les membres de l'association figurent personnellement dans l'instance. » (3)

1767. Toutefois, il importe de rappeler ici ce que nous avons dit plus haut en précisant quelles sont les associations en vue desquelles la loi a entendu autoriser la variabilité du capital (*suprà,* nos 1732 et

(1) Voy. M. Tripier (t. II, p. 449).
(2) Deuxième rapport de la commission (Tripier, t. I, p. 226).
(3) Tripier (t. I, p. 68 et 69).

suiv.). Les prévisions du législateur ont eu pour objet unique les sociétés donnant naissance à une personnalité juridique, c'est-à-dire les sociétés commerciales (en nom collectif, en commandite ou anonyme) ou revêtues de l'une de ces formes de la société commerciale. L'art. 53, renfermé, comme tous lès articles du titre III, dans cet ordre d'idées, signifie donc, selon nous, que les sociétés coopératives ou à capital variable, alors même qu'elles seront sociétés civiles par leur objet et leur nature, seraient valablement représentées en justice par leurs administrateurs pour la défense de leurs droits, pourvu qu'elles soient constituées dans l'une des formes qui impriment à une société le caractère de personnalité juridique. Il ne nous paraîtrait pas possible d'aller au delà et d'admettre la représentation en justice au profit d'une société restée civile en la forme et au fond, pas plus qu'au profit de l'association en participation. Cette représentation en justice, conséquence de la personnalité, ne saurait, par cela même, être étendue à des sociétés qui sont sans personnalité, et dont, en l'absence de publications qui les révèlent, les tiers ignorent ou sont censés ignorer l'existence. Ce sont là des sociétés auxquelles, encore une fois, le législateur de 1867 n'a nullement songé, et qui, dès lors, ne peuvent à aucun titre invoquer l'art. 53 et prétendre au bénéfice de plaider ou d'ester en justice collectivement par leurs administrateurs (1).

VII. — 1768. Aux termes d'une dernière disposition, celle de l'article 54, la société à capital variable n'est pas dissoute par la mort, la retraite, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés; *elle continue de plein droit entre les autres associés.* Dans le droit commun, tel qu'il est établi par l'art. 1865 du Code civil, la mort, l'interdiction ou la faillite de l'un des associés, mettent fin à la société. Mais il résulte de l'art. 1868 qu'on peut stipuler par dérogation qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuera avec son héritier ou seulement entre les associés survivants. L'art. 54 de la loi de 1867 n'a donc fait, selon l'expression de l'exposé des motifs, « qu'ériger en règle générale (pour les sociétés à capital variable) ce que la volonté des parties (dans le droit commun) peut exceptionnellement établir. Il est fondé sur le motif que les sociétés de coopération ne peuvent avoir la pensée de rester sous l'empire de l'art. 1865 du Code civil, dont l'application mettrait chaque jour en question leur existence. Si, par hasard, telle était leur volonté, il leur suffirait de l'exprimer; car, de même que des stipulations peuvent déroger à l'art. 1865 du Code civil, de même elles pourront s'écarter de la règle écrite dans l'art. 54. » (2)

Il est à noter seulement qu'en l'absence de toute dérogation, le législateur, interprétant la volonté des parties, entend que la société continuera, non pas avec les héritiers ou les ayants droit de l'associé dé-

---

(1) *Comp.* M. Colmet-d'Aage, sur Boitard (t. I, p. 146, à la note, 7e édit.). Voy., cependant, MM. Rivière (no 350), Alauzet (no 599), Bédarride (no 576), Lescœur (p. 258 et 259, à la note). Ce dernier auteur cite M. Rataud comme professant, à ses cours, l'opinion ci-dessus émise.

(2) Premier exposé des motifs (Tripier, t. I, p. 69).

cédé, interdit, ou tombé en déconfiture ou en faillite, mais *de plein droit entre les autres associés seulement.* Ainsi, en cas de mort, d'interdiction ou de faillite de l'un des associés, la société est dissoute vis-à-vis de lui; ses héritiers ou ses créanciers n'ont d'autre droit que celui de faire régler la part revenant à leur auteur ou à leur débiteur dans la société, eu égard à sa situation au moment où la société a pris fin pour lui. (*Comp.* art. 1868 C. civ.)

1769. Que faudrait-il décider dans le cas où il s'agirait d'une société à capital variable constituée par actions? La solution, à notre avis, serait la même. Il est vrai que, dans les sociétés ordinaires par actions, la place de l'associé décédé ou failli est prise par ses ayant droit, avec qui, dès lors, la société continue. Il en doit être autrement quant aux sociétés par actions à capital variable, d'après l'art. 54 dont la disposition est générale comme celle des autres articles qui le précèdent. La dérogation au droit commun s'explique, d'ailleurs, en ce qu'il s'agit ici d'associations dans lesquelles, quelle qu'en soit la constitution, l'élément personnel joue toujours un rôle prédominant. Cela suffit à expliquer qu'un associé, fût-ce un simple actionnaire, ne puisse pas être représenté par ses héritiers.

1770. Dans la discussion de ce dernier article au Corps législatif, on prévoyait le cas de décès du gérant unique, et, sans dire que sa mort dût plus que celle de tout autre associé entraîner la dissolution de la société, on demandait par voie d'amendement qu'il fût dit, par une disposition spéciale, qu'en ce cas « l'assemblée nommerait le remplaçant, et que, dans l'intervalle, les affaires seraient gérées par un administrateur provisoire, nommé par le président du Tribunal, à la diligence du conseil de surveillance. » L'amendement fut repoussé comme inutile, en ce qu'il est ainsi fait tous les jours dans la pratique, en dehors de toute prescription de la loi (1).

CHAPITRE V

DES ASSOCIATIONS EN PARTICIPATION.

SOMMAIRE.

I. 1771. Les sociétés de commerce peuvent se modeler sur les sociétés civiles et en emprunter les règles. — 1772. En ce cas, elles s'appellent plus spécialement *associations en participation*. Texte de la loi et division.

I. — 1771. Le législateur, en créant, pour les sociétés de commerce, les types spéciaux décrits dans les chapitres précédents, a eu pour but de subvenir à l'insuffisance du droit civil, dont les prescriptions se prêtaient mal au développement des grandes entreprises (*suprà*, n° 801). Mais il n'a pas entendu, assurément, restreindre la liberté des conventions, de telle sorte qu'en toute circonstance où il s'agirait de former une société commerciale, les parties seraient tenues d'accepter

(1) Tripier (t. I, p. 244).

l'une des combinaisons qu'il a organisées. Dans un Code de commerce, a dit justement Cambacérès, il convient d'éviter les règles trop précises. Sans cette précaution, la loi manquera souvent son effet. On abusera, dans l'usage, de la doctrine que le Code aura établie. Les véritables règles du commerce sont celles de la bonne foi et de l'équité : il faut bien se garder de les affaiblir par des règles trop positives, qui, dans beaucoup de circonstances, en gêneraient l'application (1). Tel est bien l'esprit du droit commercial, notamment en matière de société. Et c'est ce qui nous a fait dire que, tout en instituant des formes, des combinaisons spéciales et rigoureusement réglementées qu'elle offre au choix de quiconque veut fonder une société commerciale, la loi laisse pourtant aux parties qui forment entre elles une société de commerce toute liberté de se soumettre, si elles l'aiment mieux, aux règles du droit civil (*suprà*, n° 816). Une société de commerce peut donc, sans cesser d'être commerciale, se modeler sur les sociétés civiles, tout comme, à l'inverse, une société civile peut, tout en restant civile au fond, emprunter l'une ou l'autre des formes de la société commerciale (*suprà*, n°s 121 et 122).

1772. Quand elles s'établissent dans ces conditions, les sociétés commerciales s'appellent plus spécialement *associations en participation*. Elles sont reconnues par le Code de commerce, qui leur a consacré seulement les quatre articles suivants :

« ART. 47. Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît *les associations commerciales en participation*.

» ART. 48. Ces associations sont relatives à une ou plusieurs *opérations de commerce;* elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants.

» ART. 49. Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise.

» ART. 50. Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés. »

Dans ces brèves dispositions, où la participation n'est rien moins que définie, le législateur touche uniquement à quelques points accessoires : la preuve et la dispense des formalités. C'est peu, eu égard à la fréquence de la convention et à la diversité des aspects sous lesquels elle se produit dans le commerce. Aussi ne faut-il pas demander à ces textes insuffisants la solution des difficultés nombreuses et si graves auxquelles a donné lieu la matière de l'association en participation. Nous l'allons voir au cours du présent chapitre, que nous divisons en trois sections, dans lesquelles il sera successivement traité : 1° des caractères de l'association commerciale en participation; 2° de la constitution et de la preuve de l'association; 3° et de son fonctionnement.

---

(1) Voy. Locré (t. XVII, p. 196).

SECTION PREMIÈRE

CARACTÈRES DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION.

SOMMAIRE.

1773. L'association en participation, connue et pratiquée dès avant l'ordonnance de 1673, est, sous le Code de commerce, ce qu'elle était auparavant. — 1774. Ses caractères essentiels : 1° c'est une véritable société de commerce; 2° c'est une société dépourvue de toute existence à l'égard des tiers.

1775. 1° L'association en participation est une société véritable. — 1776. L'opinion contraire a été émise sur le fondement que la participation serait exclusive de l'idée d'un fonds commun. — 1777. Examen et réfutation de ce système. — 1778. Suite. — 1779. Conclusion : le principe que la participation est une société véritable ne comporte pas de distinction.

1780. Conséquences : il faut, en premier lieu, que les participants aient entendu former une société entre eux. — 1781. Suite et applications. — 1782. Il faut que chaque partie ait réalisé une mise; il ne suffirait pas de s'engager à supporter une part dans les pertes; — 1783. Que les parties aient eu en vue la réalisation d'un bénéfice à partager entre elles; — 1784... Que la participation ait une cause licite; exemple : application des art. 419 et 420 du Code pénal. — 1785, 1786. Suite; — 1787... Enfin, que la participation ait un objet certain : d'après l'art. 48 du Code de commerce, elle a pour objet *une ou plusieurs* opérations de commerce. — 1788. Elle peut, néanmoins, avoir pour objet, d'après la jurisprudence, une série d'affaires et être contractée pour un certain temps. — 1789. Suite et applications. — 1790. Conclusion.

1791. 2° La participation est une société sans existence à l'égard des tiers. — 1792. D'où suit : 1° qu'en principe, il n'y a ni engagements sociaux, ni solidarité entre les participants; — 1793. 2° Que la société n'a pas de raison sociale, ni de domicile; — 1794. 3° Qu'elle est dispensée des formalités prescrites pour les autres sociétés. — 1795. Ainsi, affranchie de toute publicité, elle est dite aujourd'hui société *occulte*. — 1796. Ce n'est pas à dire qu'elle ne puisse pas agir publiquement et être connue des tiers. — 1797. Mais les participants doivent s'abstenir de tous actes ou agissements susceptibles d'induire les tiers en erreur sur la nature vraie de l'association. — 1798. Quelle serait la conséquence de l'infraction? — 1799, 1800. Discussion et distinctions. — 1801. 4° Enfin, de l'inexistence de la société à l'égard des tiers, il s'induit que la participation ne crée pas un être moral distinct de la personne des associés. — 1802. Examen et réfutation de l'opinion contraire.

1803. En résumé, le caractère essentiel et distinctif de la participation est d'être une *société de commerce*, qui, à la différence des sociétés en nom collectif, en commandite et anonyme, n'existe pas au regard des tiers. — 1804. Elle n'a pas d'installation commune pour le commerce. — 1805. Qu'adviendrait-il si les participants avaient publié la société? — 1806. *Quid* si les associés avaient pris une raison sociale? — 1807... S'ils avaient assigné un domicile à la société? — 1808... S'ils l'avaient organisée en vue d'une installation et d'une action communes?

. — 1773. L'association en participation n'est pas, il s'en faut, une ıtion du Code de commerce. Elle était connue et pratiquée dans re ancien droit. Dès avant l'ordonnance de 1673, elle était d'une lication très-fréquente, surtout pour les opérations maritimes, qui, sque toujours, étaient faites en compte de participation. Et pourt, l'ordonnance, dont le titre IV est consacré à la matière des soés, n'en parlait en aucune façon. MM. Delamarre et le Poitvin font ement remarquer que ce ne fut pas là une prétérition involone (1) : le législateur, en laissant cette association en dehors de la lementation établie pour les sociétés de commerce en général, en-

) MM. Delamarre et le Poitvin (*Traité du droit comm.*, t. III, n° 30).

tendit simplement qu'elle resterait sous l'empire du droit naturel des règles générales. Telle était sa condition sous l'ancien droit; on peut dire que telle est sa condition encore aujourd'hui. Elle a été définie par Pothier et décrite par Savary en des termes que tous nos auteurs modernes ont reproduits et que nous reproduisons à notre tour, parce qu'ils expriment avec exactitude ce qu'a été, ce qu'est encore l'association en participation.

« La *société anonyme* ou *inconnue,* qu'on appelle aussi *compte en participation,* dit Pothier, est celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'être de part dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'entre elles en son nom seul. » (1) Et Savary, l'un des rédacteurs de l'ordonnance, avait dit en praticien consommé : « Il reste maintenant d'expliquer la troisième sorte de *société,* que l'on appelle *anonyme,* qui se fait aussi parmi les négociants et les marchands. Elle s'appelle ainsi parce qu'elle est sans nom et qu'elle n'est connue de personne, *comme n'important en façon quelconque au public;* tout ce qui se fait en la négociation, tant en l'achat qu'en la vente des marchandises, ne regarde que les associés chacun en droit soi, de sorte que celui des associés qui achète est celui qui s'oblige et qui paye au vendeur, celui qui vend reçoit de l'acheteur; ils ne s'obligent point tous deux ensemble envers une tierce personne, il n'y a que celui qui agit qui est le seul obligé; ils le sont ensemble l'un envers l'autre en ce qui regarde cette société. Il y en a qui sont verbales, d'autres par écrit, et la plupart se font par lettres missives que les marchands s'écrivent respectivement l'un à l'autre : les conditions en sont bien souvent brèves, n'y ayant qu'un seul et unique article, et elles finissent quelquefois le jour qu'elles sont faites. » (2)

1774. Dans cette description de l'association en participation apparaît avec la plus grande netteté ce qui est son caractère essentiel et distinctif; il en résulte que la participation diffère des autres sociétés de commerce en ce qu'*elle n'a pas d'existence à l'égard des tiers et ne regarde que les associés chacun en droit soi.* D'autres différences encore sont proposées : la participation, a-t-on dit, sort de la classe des sociétés en ce qu'elle ne comporte pas l'existence d'un fonds commun, la copropriété des apports; ou encore en ce qu'elle n'a ou ne peut avoir pour objet qu'une ou plusieurs affaires déterminées. Nous allons voir tout à l'heure ce qui en est de ces prétendus caractères distinctifs de la participation (*infrà,* nos 1777 et suiv. et 1788 et suiv.); nous constatons dès à présent que ni Savary ni Pothier n'en font état, et, nous attachant à leurs indications, nous disons : 1° l'association en participation est une véritable société de commerce; 2° ce qui la caractérise et la distingue des autres sociétés commerciales, c'est qu'elle est dépourvue d'existence à l'égard des tiers. Établissons et développons cette double proposition : ce sera l'objet de la présente section.

(1) Pothier (*Soc.*, n° 61).
(2) Savary (*Parf. nég.*, édit. de 1757, t. I, part. II, p. 25).

II. — 1775. La participation est une véritable société. Elle était qualifiée telle par Savary et par Pothier dans les fragments ci-dessus transcrits. Le Code de commerce l'a admise avec le même caractère. Cela résulte avec évidence non-seulement de la place donnée dans le code aux dispotitions qui la régissent, lesquelles font partie du titre *Des Sociétés*, mais encore et surtout du texte même de la première de ces dispositions : « Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît *les associations commerciales en participation.* » (Art. 47.) Et il n'y a pas à équivoquer sur cette expression *association* employée par le législateur. « A la différence des trois autres sociétés façonnées par le droit civil, disent très-bien MM. Delamarre et le Poitvin, la participation est restée sous l'empire du seul droit naturel... Mais elle n'en est pas moins une société, la société pur contrat. Si le Code de commerce l'a nommée association, ce n'est pas pour faire entendre qu'elle n'est point une société; c'est pour ne pas confondre dans une même dénomination deux choses qu'on voulait et qu'il fallait distinguer, la société *feinte* (société-personne) et la société qui n'admet pas de fictions (société-contrat). *Association* est le mot générique. Chacune des espèces, créations de la loi, est une association qui se distingue par le caractère propre que la loi lui imprime. » (1)

1776. Il s'en faut, pourtant, que cette appréciation soit admise en doctrine et en jurisprudence; elle y a trouvé, au contraire, de très-puissants contradicteurs. La participation, a-t-on dit, n'est pas une société, car l'une des conditions requises par l'art. 1832 du Code civil y fait absolument défaut : la copropriété des apports ne s'y communique pas; elle est par nature, même par essence, exclusive de l'existence d'un fonds commun. Toutefois, d'accord sur l'inexistence prétendue essentielle du fonds commun, les partisans de cette idée se divisent sur le point de savoir en qui réside la propriété des choses qui font l'objet de l'association.

Pour les uns, c'est le gérant seul qui, à l'égard de tous, doit être considéré comme propriétaire. « D'après l'usage et la jurisprudence en vigueur sous l'ordonnance de 1673, a dit la Cour de Paris en confirmant une sentence arbitrale, la propriété absolue des objets mis en association en participation résidait dans la personne de l'associé administrateur, tenu de rendre compte à ses associés des profits et des pertes, et devenant débiteur direct de ceux-ci. Le Code de commerce n'indique aucune innovation ou changement à cette jurisprudence, admise par Pothier et les auteurs anciens; il la confirme plutôt, en donnant à la participation une dénomination qui suffit seule pour la distinguer des sociétés légales et pour lui imprimer un tout autre caractère. Ces principes ont été constamment professés par la Cour de cassation, notamment dans deux arrêts à la date du 2 juin 1834 et du 19 mars 1838... » (2) La Cour de Poitiers dit dans le même sens : « Il ne s'agit

---

(1) MM. Delamarre et le Poitvin (*op. cit.*, t. VI, n° 105).
(2) Paris, 17 nov. 1848 (S.-V., 49, 2, 200). — *Junge* les arrêts cités du 2 juin 1834

pas d'une association formant un être moral distinct des individus qui la constituent, entourée de formalités qui la révèlent au public, et représentée par une raison sociale, au nom et pour le compte de laquelle se font tous les actes; il s'agit d'une participation essentiellement occulte, *représentée* vis-à-vis des tiers par l'associé administrateur ou gérant, qui traite avec eux en son propre nom et devient leur directeur direct, *seul obligé et seul propriétaire.* » (1)

Pour d'autres, tout, dans la participation, est individuel, propriété et industrie, en sorte que chacun des participants reste propriétaire *privatif* de l'objet ou des objets qu'il apporte dans l'association. Ce serait même là, d'après M. Troplong, le trait caractéristique et distinctif de l'association. « La participation, dit-il, ne confond pas la propriété des mises; les parties ne se sont pas associées pour former un capital social, un fonds appartenant à la société; en se réunissant, elles retiennent la propriété de leurs apports; leur association ne leur donne de droits respectifs que pour entrer en compte des profits et pertes, et, avant ce temps, il n'y a pas de fusion d'intérêts, de vie commune, d'action simultanée : tout est individuel, propriété, industrie... C'est là le signe caractéristique et saillant; c'est par là que la participation n'est pas une vraie société. Sans cela, pourquoi donc l'aurait-on classée hors des catégories de la société? Croyez-vous qu'une association cesse d'être une société parce qu'elle est momentanée, ou bien parce qu'elle s'applique à des opérations nées, déterminées, non successives? Non, assurément. Mais une association n'est pas une société normale quand elle ne forme pas un fonds commun, un capital social, quand chacun des associés ne démembre rien de la propriété de son apport : car, dans ce cas, il lui manque une des conditions de l'art. 1832. » (2)

1777. Mais les deux propositions sont également inadmissibles dans ce qu'elles ont d'absolu.

D'une part, il n'est pas vrai de dire que l'associé administrateur ou le gérant est *nécessairement* seul propriétaire vis-à-vis de tous des apports ou des valeurs formant le fonds de l'association. C'est une idée que Pothier, dont le témoignage est spécialement invoqué, n'a nullement émise, comme on peut s'en convaincre à la lecture du court paragraphe que, dans son *Traité des Sociétés,* il consacre aux *sociétés pour un commerce* (3). Et, en elle-même, elle est le résultat d'une équivoque, d'une véritable confusion. Elle est rattachée comme conséquence à ce principe certain, que la participation ne forme pas un être moral, une personne juridique (*infrà,* n° 1801). Mais de ce qu'il n'y

---

(S.-V., 34, 1, 603; Dall., 34, 1, 202) et 19 mars 1838 (S.-V., 38, 1, 343; Dall., 38, 1, 102).

(1) Poitiers, 13 juin 1870 (Dall., 70, 2, 189).

(2) Voy. M. Troplong (*Soc.*, n° 500). *Junge :* MM. Vincens (*Soc.*, t. I, p. 379, n° IV), Bédarride (*Des Soc.*, t. II, n° 433), Dalloz (*Rép.*, v° Soc., n° 1612). *Comp.* MM. Alauzet (n° 408), Boistel (*Précis*, p. 249 et 250). Voy. aussi Bordeaux, 22 août 1860 (S.-V., 61, 2, 49; *J. Pal.*, 1861, p. 326); Req., 22 déc. 1874 (S.-V., 75, 1, 214; *J. Pal.*, 1875, p. 517; Dall., 76, 1, 72); 8 mars 1875 (Dall., 76, 1, 369).

(3) *Traité des Sociétés* (chap. II, sect. II, § 3).

a pas dans la participation un être moral à qui les choses de l'association puissent appartenir, il ne s'ensuit en aucune façon que ces choses doivent nécessairement appartenir à l'un quelconque des associés, fût-ce même à l'administrateur ou au gérant. Pour être dans la logique et dans la vérité, il faudrait, au contraire, conclure de l'absence de l'être moral que les participants restent propriétaires par indivis (1).

D'une autre part, il n'est pas plus exact de dire et de poser en thèse absolue que, dans la participation, tout est individuel, propriété, industrie. Cette doctrine ne se défend par aucune des considérations que le plus éminent de ses partisans produit à l'appui. Elle s'autorise d'abord du but de la participation et spécialement de l'idée qu'elle ne donnerait des droits respectifs aux associés que pour entrer en compte de profits et de pertes. Mais en quoi l'existence d'un fonds commun, d'une copropriété indivise, ferait-elle obstacle à cela? Il semble, au contraire, que l'exercice de ce droit en serait facilité, en ce que les associés seraient protégés dans une certaine mesure contre les insolvabilités. Supposons, en effet, la faillite de l'un d'eux, les autres pourraient revendiquer pour partie les choses qui, appartenant à l'association, se trouveraient en sa possession au moment de la faillite. On excipe, en second lieu, de la place que la participation occupe dans le Code de commerce. Or, nous avons répondu par avance en montrant que, sans mettre en aucune façon la participation en dehors des sociétés, le Code de commerce l'a, ce qui est bien différent, simplement séparée et distinguée des autres sociétés auxquelles il confère la personnalité juridique.

1778. Il faut donc laisser à l'écart ces thèses absolues. La vérité est que l'association en participation peut être ou n'être pas translative de la copropriété des mises ou des apports, et que, dans l'un comme dans l'autre cas, elle n'en est pas moins une société véritable.

Qu'elle puisse être ou n'être pas translative de la copropriété des apports, c'est de toute évidence. Le principe de la liberté des conventions domine en cette matière; et, par conséquent, tout y dépend de la volonté des parties. Les rédacteurs du Code de commerce ont eux-mêmes pris le soin de le dire dans l'art. 48, aux termes duquel les associations en participation « ont lieu pour les objets, *dans les formes*, avec les proportions d'intérêt *et aux conditions convenues entre les participants.* » Ils n'ont pas posé de limite à l'exercice du droit, à la liberté qu'ils consacrent en principe. Par cela même, ils ont laissé les parties absolument libres de se régler comme elles l'entendent, et de stipuler, si elles le veulent, soit que la propriété de la masse résidera tout entière sur la tête de l'un des associés, le gérant ou l'administrateur, soit que chaque participant restera propriétaire privatif de son apport, les pertes et les profits étant seuls en commun, ou, si elles l'aiment mieux, que les participants seront tous copropriétaires par indivis de l'ensemble des choses faisant l'objet de la participation (2). « Si, dans la participation,

(1) Voy. M. Bravard (*Traité des soc. comm.*, p. 226 et suiv., à la note).

(2) Voy. MM. Delamarre et le Poitvin (*loc. cit.*), Demangeat, sur Bravard (*loc. cit.*), Alauzet (n° 408, *in fine*).

à la différence de la société-personne, a dit en ce sens la Cour de Rennes... il n'y a pas de patrimoine propre à la société, distinct du patrimoine des associés, rien ne s'oppose, cependant, à ce qu'il y ait mise en commun d'une chose, copropriété des apports, puisque la loi a laissé toute liberté aux participants pour régler à leur convenance leurs rapports individuels vis-à-vis des tiers.» (1) La Cour de Dijon a dit de même et en termes plus explicites : « Sans doute, l'association en participation ne constitue pas... un fonds social partageable;... tout se résume dans un compte final de profits et de pertes dont les opérations faites individuellement par chacun des participants composent les éléments; mais ces règles n'ont rien d'incompatible avec les droits de la possession; elles ne sont pas davantage inconciliables avec la copropriété des marchandises qui font l'objet de la participation. La pratique en offre de fréquents exemples, et, aux termes de l'art. 48 du Code de commerce, les conditions et les effets de la participation n'ont d'autres lois que les conventions intervenues entre les parties.» (2) Si parfois la Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre des arrêts tendant à nier cette idée, c'est, non point par des considérations de droit impliquant l'approbation de cette tendance, mais uniquement parce que les décisions dénoncées se résumaient en une interprétation de conventions, et, dès lors, échappaient à son contrôle (3).

1779. D'un autre côté, il est certain également que, translative ou non translative de la copropriété des apports, la participation est une société véritable. C'est de toute évidence, d'abord dans le cas où, par la volonté des parties, la copropriété des apports ou des mises s'y communique. Pourquoi en serait-il autrement lorsque la copropriété ne s'y communique pas, dans le cas, par exemple, où il a été entendu que la propriété de la masse résidera tout entière sur la tête du gérant ou de l'administrateur? C'est, dit-on, qu'il manque alors une des conditions requises par l'art. 1832 du Code civil, qui définit la société « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de *mettre* quelque chose *en commun*, dans la vue de partager le bénéfice qui en pourra résulter.» Mais il faut s'entendre sur la portée de cette disposition. En droit, aussi bien qu'au point de vue économique, qu'est-ce au fond et en réalité qu'une société? C'est la combinaison de forces, ou, en termes d'économie politique, *de capitaux* destinés à être employés dans un intérêt commun, comme susceptibles de produire, par leur réunion même, des résultats que l'action individuelle et isolée des associés serait impuissante à procurer. Ce qui caractérise la société, c'est donc l'emploi, pour l'utilité commune, des capitaux (argent, fonds de terre, crédit, industrie, etc.) que chacun des associés met à la disposition de

(1) Rennes, 28 janv. 1856 (S.-V., 57, 2, 10; *J. Pal.*, 1856, t. II, p. 423; Dall., 56, 2, 182).
(2) Dijon, 11 févr. 1874 (Dall., 75, 2, 55).
(3) Voy. Req., 23 févr. 1864 (Dall., 64, 1, 136; *J. Pal.*, 1864, p. 427; S.-V., 64, 1, 63). *Comp.* Req., 25 mars 1872 (S.-V., 72, 2, 137; *J. Pal.*, 1872, p. 309; Dall., 72, 1, 367).

association. Qu'importe, dès lors, la situation juridique des capitaux ɔportés, du moment qu'ils peuvent être employés dans l'intérêt de ous, et qu'ainsi peut être atteint le but en vue duquel l'association est formée? Et il ne faut pas dire que ces affirmations, absolument ɔnformes aux données de la science, sont en dehors de la législation ositive et condamnées par la loi civile ou commerciale; on en trouve, ı contraire, la confirmation dans l'économie même de la loi. Est-ce u'il y a copropriété des apports dans les associations organisées sous dénomination de société en nom collectif, en commandite et anoyme? Non : il y a une personne juridique, un être moral, qui, au reard des tiers comme pour les associés eux-mêmes, est seul propriétaire es apports faits à la société. Or, si la société collective, en commandite u anonyme, retient son caractère de société bien que la copropriété es apports disparaisse et s'efface devant la propriété exclusive de l'être ıoral, pourquoi la participation perdrait-elle ce caractère de société ans le cas où la propriété de la masse a été transférée au gérant ou à 'administrateur par les conventions des parties? Entre les deux situaions, l'analogie est complète au point de vue qui nous occupe : car, tant donné que le caractère de société persiste bien que la propriété de a masse réside sur la tête d'une seule personne, il est sans importance ue cette personne soit un être moral qui personnifie la société tout enière ou un gérant avec lequel elle s'identifie complétement pendant sa urée.

En résumé, nous l'avons dit et nous insistons sur ce point, ce qui st nécessaire, c'est qu'il y ait des mises ou des apports destinés à être mployés dans un intérêt commun. Cela étant, il n'y a pas à se préocuper de la propriété de ces apports : que les participants en soient opropriétaires, qu'ils appartiennent en totalité à l'un d'eux, ou même u'ils restent fractionnés entre les mains des associés, la participation st, dans tous les cas, une société véritable.

III. — 1780. Elle est une société véritable, à la condition, toutefois, le réunir les éléments constitutifs et nécessaires d'une société, à savoir : a volonté des parties de s'associer, la réalisation d'une mise, la vue l'un bénéfice à partager, un objet certain, une cause licite.

Ainsi, il faut, en premier lieu, que les parties aient entendu former ıne société. Il ne suffirait pas que, par un fait même volontaire de leur art, par exemple une acquisition faite en commun, elles eussent créé ntre elles une certaine communauté d'intérêts, si d'ailleurs elles n'aaient pas eu en vue, ce qui est caractéristique du contrat de société, a réalisation d'un bénéfice à partager (C. civ., art. 1832). La volonté le s'associer est la condition première du contrat de société.

M. Bravard, qui, bien entendu, ne conteste pas le principe, s'en auorise pour dire qu'il n'y aurait pas société dans ce qu'il appelle la paricipation, *contrat innomé*. « Dans le cas, dit l'auteur, où un homme, ommerçant ou non commerçant, propose à différentes personnes de 'intéresser pour une certaine somme dans l'achat et la revente qu'il a 'intention de faire d'une certaine quantité de marchandises... y a-t-il

un contrat de société? Nullement : car la première condition requise pour toute société, *c'est qu'il y ait eu accord,* un concours de volonté, entre tous les associés. Or, dans l'espèce, les divers participants sont étrangers les uns aux autres, ne se connaissent pas; ils ont, chacun de leur côté, contracté avec le chef, l'entrepreneur de l'opération, mais ils n'ont pas contracté ensemble. Ce ne sont donc pas des associés; il n'y a donc pas là véritable société. Qu'y a-t-il? Un contrat innomé qui, aujourd'hui comme autrefois, s'appelle *association en participation*... Mais supposons que celui qui a eu la pensée de l'opération, qui en a pris l'initiative, *ait réuni* tous ceux dont il voulait réclamer le concours, et *qu'ils soient tous* convenus de verser une somme d'argent... assurément, il y aura alors une véritable société.» (1) Sans anticiper sur ce que nous aurons à dire dans l'une des sections suivantes touchant les diverses espèces de participation, nous contestons, dès à présent, cette appréciation. Que les divers participants soient étrangers les uns aux autres dans la première hypothèse, et qu'ils ne doivent pas être regardés comme associés entre eux, nous ne le nions pas. Mais s'ensuit-il qu'il n'y ait pas contrat de société entre *le chef, l'entrepreneur de l'opération,* et chacun de ceux qui, sur sa proposition, a consenti à s'intéresser à l'affaire pour une certaine somme? En aucune façon. Il faut, d'ailleurs, l'avouer, la théorie de M. Bravard se comprend difficilement. Dès qu'il se refuse à voir un contrat de société entre les divers participants par le motif *qu'ils sont restés étrangers les uns aux autres,* comment peut-il admettre l'existence entre eux « d'un contrat innomé qui s'appelle association en participation? » Est-ce que parce qu'il serait innomé un contrat pourrait se former sans qu'il y eût accord de volontés entre les parties? L'auteur ne l'aurait pas pensé, sans doute; et alors son argumentation manque par la base. La vérité, dans l'hypothèse qu'il propose, est que si chacun des participants a traité isolément avec le chef de l'opération, ignorant que ce dernier allait s'adresser à d'autres et leur demander des fonds, il y aura autant d'associations spéciales que de participants, et que, la volonté de s'associer étant certaine de la part de chacun, il y aura, dans cette mesure, société véritable.

1781. Mais l'association en participation n'étant assujettie à aucune formalité extérieure susceptible de la révéler, il pourra arriver, en fait, que cette volonté certaine de s'associer n'apparaisse pas nettement. Par exemple, le propriétaire d'un fonds de commerce convient avec une personne que, moyennant un intérêt dans la maison, soit 10 pour 100 sur les bénéfices nets, celle-ci l'aidera de son travail ou de son industrie : on pourra se demander si la convention des parties constitue une association en participation ou simplement un louage d'ouvrage. Ainsi encore, un négociant de Bordeaux charge un négociant de Cette d'acheter des vins pour son compte, en lui promettant de l'intéresser dans l'affaire, spécialement de lui réserver une part dans les bénéfices à provenir de la revente : on se demandera s'il y a une association en

(1) M. Bravard (*Soc. comm.*, p. 223-226).

participation ou seulement un contrat de commission. Ce sont là des questions de fait sur lesquelles il appartient aux juges du fait de statuer définitivement. Il a été jugé par la Cour de Poitiers que la convention par laquelle des négociants chargent un tiers, moyennant l'attribution de la moitié des bénéfices, de toutes les opérations d'achat et de revente relatives à une spéculation sur certaines marchandises, ne constitue pas une société en participation, mais un mandat salarié, si ces négociants ont tenu eux-mêmes les écritures, payé directement les achats et les dépenses d'exploitation, et touché le prix des reventes (1). Au contraire, la Cour de Montpellier a jugé que la convention par laquelle deux négociants stipulent que l'un d'eux fera dans une localité des achats de marchandises, et que l'autre, à qui elles seront expédiées, les revendra dans une localité différente, avec partage entre eux des bénéfices et des pertes, constitue, non un contrat de mandat ou de commission, mais une association en participation... surtout alors que les parties y ont déclaré renoncer à tout droit de commission pour les achats et les ventes (2). Nous n'avons pas à insister sur de telles questions, qui, étant purement de fait, ne sauraient engager aucun principe de droit.

1782. En second lieu, l'association en participation étant une société véritable, la condition de la mise en commun y est requise. Quant au point de savoir en quoi les mises ou les apports des participants doivent ou peuvent consister, les observations présentées à cet égard dans notre commentaire des Sociétés civiles (*suprà,* n°s 59 et suiv.) trouvent ici leur application.

Arrêtons-nous, pourtant, à une question intéressant plus particulièrement la matière de l'association en participation. M. Molinier affirme qu'il y a société quoique le participant ne fournisse ni fonds ni industrie, son apport consistant, en ce cas, dans les chances aléatoires de perte auxquelles il se trouve soumis. Et voici l'espèce qu'il propose : « *Paul* a en main les fonds nécessaires pour entreprendre une opération très-hasardeuse. Comme cette affaire, qui est de nature à procurer de gros bénéfices, peut aussi, si elle ne réussit pas, amener de grandes pertes, il propose à la maison de banque *Auguste et Cie* d'être de moitié pour les bénéfices, à charge d'entrer pour les trois quarts dans les pertes. Cette maison ne fournira ni ses fonds, ni son industrie; elle demeurera entièrement passive, et elle n'aura qu'à partager, suivant les bases convenues, les résultats heureux ou malheureux de l'opération. Il y aura, à mon avis, dans cette hypothèse, société, car, en examinant la convention, on trouve que la maison *Auguste et Cie* fait

(1) Poitiers, 6 juin 1871 (S.-V., 71, 2, 212; *J. Pal.*, 1871, p. 669; Dall., 71, 2, 181). Voy. aussi Rouen, 19 juill. 1839 (Dall., 40, 2, 106). Il a été jugé de même que la collaboration d'un fils au commerce de son père, sans stipulation quant aux conditions et à la durée de la collaboration, ne constitue pas une association en participation... sauf la rémunération due à ce fils à raison de son travail. Dijon, 26 mars 1874 (Dall., 76, 2, 203).

(2) Montpellier, 27 nov. 1858, rapporté avec cass., 4 juin 1860 (S.-V., 61, 1, 75; *J. Pal.*, 1860, p. 762; Dall., 60, 1, 267). — Voy. aussi Trib. de Thonon, 20 nov. 1876 (Dall., 76, 1, 197).

un apport qui consiste dans la valeur des chances aléatoires qu'elle prend à sa charge en se soumettant à supporter les trois quarts des pertes... » (1) La solution, à notre avis, est essentiellement contestable: la convention dont il s'agit offre tous les caractères, non d'une société, mais d'un contrat d'assurance, puisque l'une des parties, *Paul*, se propose pour but unique d'éviter ou d'atténuer, dans l'avenir, le préjudice qui pourrait résulter de l'opération, tandis que l'autre, la maison *Auguste et Cie*, se propose de réaliser un bénéfice, sans rien mettre du sien. On voit, sans doute, par l'argumentation de l'auteur, qu'il y a là un contrat synallagmatique et à titre onéreux; mais il n'en résulte en aucune façon que ce soit un contrat de société. C'est une convention aléatoire au premier chef, l'équivalent à recevoir par chacune des parties dépendant d'événements incertains. Or, le contrat de société, nous l'avons établi (*suprà,* n° 12), n'est pas un contrat aléatoire.

1783. En troisième lieu, par cela même qu'elle est une société véritable, la participation suppose nécessairement que les parties ont eu en vue la production et le partage d'un bénéfice recueilli en commun. La convention par laquelle les intéressés créeraient un fonds commun dans la pensée de s'indemniser des pertes qu'ils pourraient subir ne présenterait donc pas le caractère de la participation. On donne, il est vrai, dans la pratique, le nom de *sociétés d'assurances mutuelles* à des associations auxquelles toute pensée de gain est étrangère. Mais ce sont là, on est d'accord à le reconnaître, des sociétés *sui generis* dont la loi de 1867 s'occupe dans un titre spécial et qu'elle soumet à des règles particulières : elles sont absolument en dehors des sociétés proprement dites, de celles dont il est question soit dans le Code civil, soit dans le Code de commerce.

1784. Enfin, comme toute société, ou même comme tout contrat, la participation doit avoir une *cause licite* et un *objet certain.* Ceci comporte quelques observations de détail.

Sur la cause licite, les anciens auteurs, notamment Savary et Pothier, signalent certaines associations secrètes qui se formaient de leur temps en vue d'établir un monopole à leur profit et *contre l'économie du commerce.* C'étaient des marchands qui se réunissaient dans les foires et les marchés, soit pour acheter à bas prix pour leur compte commun, soit pour accaparer les produits d'une contrée en vue de les vendre ailleurs à un prix que, maîtres du marché, ils pourraient fixer à leur guise (2). De telles associations, non-seulement seraient nulles comme ayant une cause illicite, mais encore elles pourraient tomber sous le coup de la loi pénale, qui punit de l'emprisonnement et de l'amende, et facultativement de la mise sous la surveillance de la haute police, « tous ceux qui, par des faits faux ou calomnieux semés à dessein dans le public, par des sur-offres faites au prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, par réunion ou coalition entre les principaux détenteurs d'une même mar-

(1) Voy. M. Molinier (n° 594).
(2) Savary (*Parf. nég.*; t. I, IIe part., p. 25).

chandise ou denrée, tendant à ne pas la vendre ou à ne la vendre qu'un certain prix, ou qui, par des voies ou des moyens frauduleux quelconques, auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce. » (C. pén., art. 419 et 420.) La solution pourrait également être appliquée à un autre genre de participation, dont parle Pothier, formée entre revendeurs qui, se trouvant à une vente de meubles à l'encan, conviendraient, pour ne pas surenchérir les uns sur les autres, d'être réciproquement de part de tous les achats de chacun à la vente. « Cette société est permise, dit Pothier (1), lorsqu'elle ne tend pas à avoir les marchandises pour un prix au-dessus du juste prix, et qu'il se trouve à la vente un grand concours d'autres vendeurs que ces associés. Mais si ceux qui auraient fait cette société étaient les seuls qui se trouvassent à cette vente, qui fussent en état d'y enchérir les meubles de prix, il est évident que cette société, qui tendrait à avoir des marchandises pour un prix aussi bas que celui qu'ils y voudraient mettre, renfermerait une injustice. » Elle aurait, disons-nous, une cause illicite; elle serait nulle à ce titre et pourrait entraîner l'application des sanctions pénales édictées par les dispositions précitées.

1785. Du reste, dans ces sortes d'affaires, la difficulté, pour les tribunaux, consistera moins à dire le droit qu'à dégager le fait. Ils auront à distinguer, selon la juste expression de M. Molinier, « les associations qui n'offrent que l'exercice légitime du droit dont sont investis les commerçants de se réunir pour exercer leur industrie, de celles qui n'ont évidemment pour cause que l'accaparement des marchandises et l'établissement d'un monopole nuisible au public. » (2) Il pourra n'être pas facile de séparer l'exercice du droit de l'abus que la loi civile condamne toujours, et qui, suivant la gravité des faits, est réprimé par la loi pénale. Ce sera l'œuvre du juge de rechercher l'intention des parties et de statuer d'après les circonstances.

1786. En terminant sur la cause licite, notons qu'une participation formée en vue d'opérations commerciales, parfaitement permises en elles-mêmes, pourrait cependant être illicite et contraire aux lois du commerce. Ainsi en serait-il, par exemple, de l'association convenue entre agents de change ou courtiers en vue de faire des opérations de banque ou de commerce pour leur compte. Une telle association serait évidemment nulle, par application de l'art. 85 du Code de commerce. Toutefois, la nullité prononcée ne serait pas opposable par les associés aux tiers de bonne foi pour décliner les conséquences des opérations auxquelles ils se seraient livrés. La Cour d'Aix a même jugé, par application d'une théorie générale sur laquelle nous reviendrons ultérieurement (*infrà*, nos 1796 et suiv.), que la solidarité doit être prononcée contre eux si les agissements de leur société annulée étaient tels que

(1) Pothier (*Traité des Soc.*, n° 62).
(2) M. Molinier (n° 615).

les tiers ont dû croire qu'ils traitaient avec une société en nom collectif, entraînant avec elle l'obligation solidaire des coassociés (1).

1787. De l'objet certain, nous avons peu de chose à dire, en principe. Il est clair, la participation étant une société, que l'objet certain en est une condition nécessaire, d'après le droit commun (art. 1108 C. civ.). Il y a donc, il doit y avoir, un objet certain dans la participation; et cet objet, d'après la définition de la loi, c'est l'opération ou les opérations de commerce que les parties s'obligent à faire (article 1126). L'art. 48 du Code de commerce dit en ce sens, des associations en participation, qu'elles « sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce. »

Mais, à ce propos, s'élève la question dont la doctrine et la jurisprudence ont eu le plus à se préoccuper, celle de savoir si la condition nécessaire de la participation est d'avoir pour objet seulement une ou plusieurs opérations commerciales déterminées à l'avance. Bien des auteurs se prononcent pour l'affirmative, et s'attachent d'autant plus à cette solution que, selon eux, ce serait là précisément le caractère distinctif de la participation (2). Et, il faut le dire, c'est bien dans cette pensée que l'art. 48 du Code de commerce paraît avoir été rédigé. En effet, on discutait, au conseil d'État, l'art. 19 (art. 20 du projet), d'après lequel « la loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales: la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme. » M. Treilhard fit remarquer « que cet article, qui n'admettait que trois espèces de sociétés, semblait ne pas s'accorder avec l'art. 47 (41 du projet), qui parlait, en outre, de la société en participation. » Mais M. Regnault de Saint-Jean d'Angély répondit « qu'il s'agissait, dans l'art. 19, de sociétés formées pour une suite d'opérations, et que la société en participation n'était qu'une association *pour une affaire d'un moment.* » Et la même explication se retrouve dans les observations des sections réunies du Tribunat, lesquelles constatent que si les participations ont été passées sous silence dans l'art. 19 (20 du projet), « c'est parce que l'association en participation n'*est qu'un marché d'un moment, relatif à quelques opérations passagères,* et qu'en cela elle diffère de la société, dont le lien plus durable forme entre les associés une communauté d'intérêts *continus.* » (3) En partant de cette donnée, bien des tribunaux se sont refusés à voir la participation dans des associations ayant pour objet ou pour but une série d'opérations, ou une espèce particulière d'industrie; par exemple : l'exploitation du privilége d'un théâtre (4); la fourniture des fourrages militaires d'un département (5); le commerce d'une espèce d'animaux, commerce des bes-

(1) Aix, 4 juin 1868 (Dall., 69, 2, 242).
(2) Voy. MM. Locré (sur l'art. 47), Pardessus (n° 1046), Persil (sur l'art. 47), Malepeyre et Jourdain (p. 260). *Comp.* MM. Delangle (n° 211), Molinier (n°s 564, 566, 570 et 571).
(3) Locré (t. XVII, p. 309).
(4) Paris, 27 janv. 1841 (Dall., 41, 2, 128).
(5) Nancy, 25 avr. 1853 (S.-V., 55, 2, 535; *J. Pal.,* 1855, t. I, p. 438; Dall., 55, 2, 349).

tiaux (1); l'exploitation d'une entreprise de messageries (2); l'entreprise de transport par bateaux à vapeur formée pour plusieurs années (3); etc. Ces décisions et d'autres encore procèdent toutes de cette idée, résumée récemment par la Cour de Douai (4), que les caractères spéciaux de l'association en participation sont de ne constituer qu'un acte passager, de n'avoir pour objet qu'une ou plusieurs opérations commerciales déterminées à l'avance, en sorte que la qualification de participation ne saurait appartenir aux sociétés embrassant toutes les opérations d'une industrie ou d'un certain commerce.

1788. Mais, d'après le dernier état de la doctrine et de la jurisprudence, les termes mêmes de l'art. 48 du Code de commerce seraient exclusifs de cette interprétation restrictive; il aurait été dit à tort, dans la discussion de la loi, que, seules, les sociétés proprement dites, celles qu'énumère l'art. 19, peuvent être formées *pour une suite d'opérations,* et que la participation n'est qu'une association *pour une affaire isolée et d'un moment.* Une opération unique, une opération isolée, dit-on, pourrait assurément faire l'objet d'une société en nom collectif, par exemple s'il convenait aux parties d'adopter ce mode d'association. Pourquoi donc la participation ne pourrait-elle pas, à l'inverse, avoir pour objet une suite d'opérations? On enseignait sans doute, anciennement, qu'une participation n'est qu'un marché d'un moment, une opération passagère, et c'est ainsi qu'elle apparut dans son origine. Mais, disent MM. Delamarre et le Poitvin, depuis que le commerce et l'industrie ont pris plus d'extension, il n'y a plus de motifs pour n'assigner à ce contrat qu'une existence éphémère. Aux termes de l'art. 48, l'association peut embrasser une série d'affaires tout aussi bien qu'être bornée à une seule affaire. Elle peut même comprendre toute une branche de commerce; et puisque la loi laisse aux contractants la liberté de convenir de l'objet et des conditions de l'association, celle-ci peut être d'une durée indéfinie et porter sur tous les objets licites indistinctement. Ce n'est donc ni la nature de l'affaire, ni une courte durée, qui caractérisent la participation. La définir ainsi, c'est tomber dans l'arbitraire... Du moment que *les objets, les formes, les proportions d'intérêts et les conditions* de ce contrat sont laissés à la volonté des parties, le seul moyen de le définir, c'est de dire qu'il dépend de cette volonté (5).

1789. La jurisprudence est entrée dans cet ordre d'idées et s'y tient avec persistance. Rappelons d'abord un arrêt, déjà cité, de la Cour de Rennes. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une société formée entre quatre maisons de roulage, dans le but de mettre fin à une vive et ruineuse

(1) Bordeaux, 5 mai 1829 (S.-V., 29, 2, 352; Dall., 33, 2, 131); Colmar, 25 févr. 1840 (*J. Pal.*, 1841, t. II, p. 38).
(2) Caen, 8 juin 1836, 13 janv. 1841 (Dall., 40, 2, 132; 41, 2, 99).
(3) Bordeaux, 31 août 1831 (S.-V., 32, 2, 19).
(4) Douai, 3 févr. 1875 (Dall., 77, 2, 140).
(5) Voy. MM. Delamarre et le Poitvin (*Traité de droit comm.*, t. III, n° 31). Voy. aussi MM. Troplong (*Soc.*, n° 449), Bédarride (n°s 428 et suiv.), Alauzet (n° 407), Massé (*Droit comm.*, t. III, n° 1982).

concurrence. L'association, dite en participation par le contrat, avait pour objet l'*exploitation par roulage de toutes les routes aboutissant à Rennes,* avec prolongement sur tous les chemins de fer présents et futurs. La durée de la société *était fixée à quinze ans;* le capital, porté à 100000 francs, était divisé en centièmes entre les associés dans une proportion d'après laquelle était déterminée la part de chacun dans les bénéfices et dans les pertes; ce capital était réalisé tant par l'apport du matériel des établissements que par des versements en espèces. Les associés mettaient en commun les établissements qu'ils avaient soit à Rennes, soit à l'extérieur, et chacun d'eux devenait simple gérant de la société, appointé par elle, *et devait agir isolément,* bien que pour le compte de la société. La Cour de Rennes n'a vu dans ces conventions diverses rien qui répugnât à la simple association en participation. On soutenait devant elle qu'une société fondée pour quinze ans en vue d'exploiter par roulage toutes les routes aboutissant à la ville, avec prolongement sur tous les chemins de fer présents et futurs, était, bien que qualifiée d'association en participation, une société en nom collectif, laquelle devait être déclarée nulle pour n'avoir pas été rendue publique. La Cour a maintenu à la convention le caractère de participation que lui assignait la qualification des parties, et, s'inspirant en quelque sorte de la doctrine ci-dessus rappelée du professeur de la Faculté de Rennes, elle a dit, en droit : « Le Code de commerce, après avoir déclaré (art. 19) qu'il reconnaît trois espèces de sociétés commerciales, ajoute (art. 47) qu'il reconnaît en outre des associations commerciales en participation, qu'il dispense des formalités prescrites pour les autres sociétés et dont il abandonne (art. 48) les objets, les formes et les conditions à la liberté des parties. En admettant même que, dans la pensée du législateur, comme dans les habitudes du commerce, ce dernier mode d'association dût s'appliquer plutôt à des opérations commerciales, déterminées à la fois dans leur nature et dans leur nombre, qu'à une série indéfinie d'actes commerciaux, limitée seulement par la durée même de la société, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il faille trouver là le caractère essentiel qui distingue la société en participation des trois autres genres de sociétés commerciales. Si telle eût été la volonté du législateur, il l'eût exprimée dans un langage qui eût pu facilement devenir plus précis et plus restrictif que ne le sont les termes dans lesquels est conçu l'art. 48, et qui semblent, au contraire, avoir été calculés pour ne rien enlever aux conventions de la latitude qui pouvait favoriser le progrès du commerce et que pourraient rendre nécessaire ses développements ultérieurs. » (1) Et, par des motifs analogues, d'autres arrêts ont considéré, comme pouvant être la matière ou l'objet de l'association en participation : l'exploitation d'un établissement de bains publics (2); l'entreprise de transport de passagers par

---

(1) Rennes, 28 janv. 1856 (S.-V., 57, 2, 10; *J. Pal.*, 1856, t. II, p. 423; Dall., 57, 2, 183).
(2) Rej., 5 juill. 1825 (S.-V., 26, 1, 413; Dall., 25, 1, 354).

bateaux à vapeur (1); l'exploitation d'un brevet d'invention (2); la publication d'un journal (3); l'exploitation d'une agence de publicité (4), ou d'un commerce de grains (5); une entreprise de commission (6); des entreprises d'équipement ou de vivres militaires (7); la fabrication d'espèces monnayées (8).

1790. Nous ne saurions, pour notre part, aller aussi loin que la plupart de ces décisions. En acceptant l'idée qu'elles prennent pour base, à savoir que ce n'est ni l'unité de l'affaire, ni la courte durée de l'opération, qui caractérisent la participation, nous admettons, sans doute, que les associations de l'espèce peuvent avoir pour objet une série d'affaires et même être contractées pour un certain temps. Mais, dans tous les cas, nous ne concevons la participation que comme convention essentiellement transitoire et appliquée à des opérations transitoires comme elles. Et, dès lors, quand les parties se sont associées en vue d'une exploitation constituant un commerce fixe et continu, embrassant, par conséquent, un ensemble d'affaires et sans limitation toutes les opérations qui pourront se présenter pendant la période, quelle qu'elle soit, fixée par la convention, il y a entre elles autre chose que la participation. C'est la solution déjà indiquée dans nos explications sur la société en nom collectif (*suprà*, n° 1336). Nous la maintenons ici, car elle a pour elle la tradition; les anciens auteurs, en effet, Savary et Pothier notamment, dans les exemples qu'ils donnent de la participation, parlent toujours d'un contrat ayant pour objet sinon une opération unique, au moins des opérations déterminées, jamais l'exploitation d'une branche de commerce. Et l'art. 48, par ses termes, sans parler même du commentaire peut-être trop restrictif qu'il a reçu du Tribunat (*suprà*, n° 1787), montre, quoi qu'on en dise, que ses rédacteurs étaient en présence de cette tradition, et que, loin de s'en écarter, ils ont voulu la suivre et la confirmer (9).

Ces points établis en ce qui concerne notre première proposition, à savoir que l'association en participation est une véritable société de commerce, voyons ce qui réellement la caractérise et la distingue des autres sociétés commerciales.

IV. — **1791.** Le trait saillant de la participation, son caractère distinctif et essentiel, c'est d'être une société sans existence à l'égard des tiers et de ne produire d'effet que dans les rapports des associés, des participants, les uns vis-à-vis des autres. Elle s'appelle anonyme, disait

---

(1) Bordeaux, 14 mai 1841 (Dall., 42, 2, 8).
(2) Amiens, 18 janv. 1843 (S.-V., 45, 2, 362); Rouen, 19 janv. 1844 (S.-V., 44, 2, 393; *J. Pal.*, 1844, t. II, p. 495; Dall., 44, 2, 204).
(3) Paris, 9 mars 1843 (S.-V., 43, 2, 273; *J. Pal.*, 1843, t. I, p. 633).
(4) Rej., 4 déc. 1860 (S.-V., 62, 1, 575; *J. Pal.*, 1862, p. 1020; Dall., 61, 1, 302).
(5) Agen, 23 nov. 1853 (S.-V., 54, 2, 23; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 488; Dall., 55, 5, 420).
(6) Cass., 18 juill. 1832 (S.-V., 33, 1, 476).
(7) Cass., 7 déc. 1836; Nancy, 25 avr. 1853 (S.-V., 37, 1, 650; 55, 2, 535).
(8) Cass., 8 janv. 1840 (S.-V., 40, 1, 20).
(9) Voy. M. Demangeat, sur Bravard (*loc. cit.*). — *Junge* M. Delangle (n°ˢ 606 et suiv.).

Savary, « parce qu'elle est sans nom et qu'elle n'est connue de personne, *comme n'important en façon quelconque au public.* » Et les rédacteurs du Code de commerce, fidèles à la tradition à laquelle ils ont entendu ne pas déroger en cette matière, la confirment en quelque sorte, sur ce point, par l'art. 50, lequel, en déclarant les associations de l'espèce non assujetties aux formalités prescrites pour les autres sociétés, montre bien que leur existence ne concerne pas les tiers, ou, selon l'expression de Savary, *ne leur importe en façon quelconque.*

A cette règle fondamentale, à ce caractère distinctif, essentiel de la participation, se rattachent comme conséquences nécessaires : 1° l'absence d'engagements sociaux et de solidarité entre les coparticipants; 2° l'inexistence d'une raison sociale et d'un domicile; 3° l'affranchissement de toute formalité; 4° enfin, l'absence de ce qui est la condition commune des sociétés de commerce ou revêtues de la forme commerciale, la fiction de l'être moral. Ce sont autant de conséquences à reprendre distinctement.

1792. Et d'abord, les associés en participation ne sont pas tenus solidairement des engagements contractés par l'un d'eux dans l'intérêt de l'affaire commune : les tiers n'ont pour obligé que l'associé avec lequel ils ont contracté; ils n'ont, en principe, contre les autres aucune action, ni solidaire, ni autre. Ceci encore est de tradition. Les participants, suivant la description de Savary, « ne s'obligent pas tous ensemble envers une tierce personne; *il n'y a que celui qui agit qui est seul obligé.* » Les anciens auteurs étaient unanimes à cet égard (1), et bien que contredit vigoureusement depuis par Merlin, dont l'opinion a été suivie par quelques auteurs et consacrée par plusieurs arrêts (2), ce point est acquis aujourd'hui, on peut le dire, en doctrine et en jurisprudence (3). C'est, du reste, en ce sens que se sont prononcés les rédacteurs du Code dans la discussion de l'art. 49 (44 du projet). Merlin, à la suite d'un autre membre du conseil d'État, M. Janet, y fit appel aux conclusions qu'il avait présentées devant la Cour de cassation, et dans lesquelles il avait, sur l'autorité des lois romaines, soutenu la thèse de la solidarité entre les coparticipants. Cette doctrine, répondit Regnauld de Saint-Jean d'Angély, « *serait subversive des principes.* Le refus du recours contre les associés en participation ne saurait tromper la foi

(1) Voy. Savary (*loc. cit.*), Pothier (*Soc.*, n° 102), Bornier (sur l'art. 7, titr. IV, ord. de 1673), Jousse (titr. des Sociétés), Rogue (t. II, p. 238).

(2) Voy. les conclusions de Merlin dans l'affaire jugée par arrêt du 28 germ. an 12 (*Quest.*, v° Société, § 2). *Junge* : MM. Pardessus (n° 1049), Vincens (t. I, p. 478). Voy. aussi Req., 26 mars 1817; Metz, 7 janv. 1822; Caen, 9 févr. 1824; Bordeaux, 31 août 1831 (Dall., 32, 2, 20; S.-V., 32, 2, 19); Req., 10 août 1875 (*J. Pal.*, 1876, p. 281; S.-V., 76, 1, 121; Dall., 77, 1, 110).

(3) Voy. MM. Favard (v° Société, chap. III, sect. I, § 4, n° 6), Delamarre et le Poitvin (t. III, n°s 32 et suiv.), Troplong (n° 773), Delangle (n° 603), Massé (n°s 1983 et suiv.), Molinier (n° 597), Alauzet (n° 250), Rodière (*Solid.*, n° 261), Bédarride (n° 441), Lombard (p. 153), Boistel (p. 253). — Voy. aussi Req., 9 janv. 1821; Rej., 8 janv. 1840 (S.-V., 40, 1, 19; *J. Pal.*, 1840, t. I, p. 168; Dall., 40, 1, 52); Bordeaux, 13 avr. 1848 et 23 juin 1853 (Dall., 48, 2, 162; S.-V., 54, 2, 23; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 488); Lyon, 26 janv. 1849 (S.-V., 51, 2, 399; *J. Pal.*, 1851, t. I, p. 216; Dall., 51, 5, 499); Agen, 23 nov. 1853 (S.-V., 54, 2, 23; Dall., 55, 5, 420).

publique, puisque le vendeur n'a connu que celui avec lequel il a traité directement, et n'a pas compté sur une autre garantie. Il en serait autrement, sans doute, si on lui avait annoncé qu'il aura en outre pour débiteurs des associés en participation : alors le recours contre ces associés ne pourrait lui être refusé. Mais ce n'est là qu'une exception qui ne doit pas empêcher d'établir, en principe, que, hors cette circonstance particulière, le vendeur n'a pour garant que ceux auxquels il a directement vendu. On ne peut se relâcher de ce principe sans entraver les opérations de commerce et ôter au commerce ses ressources... Ce n'est pas, au surplus, par les lois romaines, qui n'établissent que le droit civil, qu'on peut décider des questions de commerce... » (1) Cet avis a prévalu, et il fut ainsi entendu qu'en principe, il n'y a pas, dans la participation, d'engagements sociaux, pas de solidarité entre les coparticipants. Et comment, en vérité, en serait-il autrement? Il s'agit ici d'une société toute intime, d'une société que la loi dispense de toute publicité. Elle est donc inconnue des tiers; elle est pour eux *res inter aliod acta;* et comme elle ne peut ni leur nuire, ni leur profiter (C. civ., art. 1165), il s'ensuit qu'il n'en saurait naître à leur profit aucune action, solidaire ou autre, contre des participants qu'ils ne connaissent pas et avec lesquels ils n'ont pas directement traité.

C'est le principe : nous nous bornons, quant à présent, à l'indiquer, sauf à y revenir ultérieurement pour préciser certains cas dans lesquels les participants peuvent, par leurs agissements, perdre le bénéfice ou l'avantage résultant, sous ce rapport, de la nature même de l'association dans laquelle ils sont engagés (*infrà,* nos 1797 et suiv.).

1793. En second lieu, du principe que la participation est une société sans existence à l'égard des tiers, il s'induit qu'elle n'a pas de domicile, pas de siége social. En conséquence, les membres d'une société en participation doivent être assignés, selon que l'action est formée contre un ou plusieurs d'entre eux et suivant la nature de la contestation, conformément aux indications données dans les paragraphes 1 et 2 de l'art. 59 du Code de procédure (2); et quant aux contestations qui peuvent s'élever entre les associés, elles sont soumises aux règles ordinaires de la compétence : la Cour d'Orléans juge, en ce sens, que la circonstance que l'association aurait eu ses principaux intérêts dans une certaine localité, et que ce serait là que les parties se sont réunies pour en effectuer le règlement, ne suffit pas seule pour attribuer compétence au tribunal de cette localité (3).

Il résulte du même principe que la participation n'a pas et ne doit pas avoir de raison sociale. Elle est, dit Savary, une société *sans nom,* ce pourquoi elle était dénommée anciennement société anonyme. Or, la raison sociale, nous l'avons expliqué ailleurs, c'est précisément le

---

(1) Voy. Locré (t. XVII, p. 194 et suiv.).
(2) Voy. notamment Nancy, 5 déc. 1828; Paris, 31 août 1836 et 14 juill. 1840 (*J. Pall.*, 1840, t. II, p. 771).
(3) Orléans, 16 nov. 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 194; Dall., 60, 5, 370).

nom commercial d'une société, la dénomination de l'être moral, de la personne sociale; c'est le titre sous lequel seront traitées les affaires et pris les engagements sociaux; c'est le symbole de la société qu'elle personnifie en même temps que le signe de la responsabilité des associés, et, par cela même, l'indice des garanties offertes aux tiers qui traiteront avec elle (*suprà,* nos 833 et suiv.). Elle ne saurait donc convenir à une association que les tiers ne connaissent pas et n'ont point à connaître, qui, nous l'allons voir tout à l'heure, est absolument dépourvue de personnalité, et dans laquelle on trouve des engagements individuels, jamais des engagements sociaux. Il y a là une incompatibilité absolue, radicale, tellement que la pensée de se réunir pour faire le commerce *sous une raison sociale* serait exclusive de l'idée de *former une association en participation;* elle impliquerait, en effet, l'intention de la part des associés de ne pas limiter entre eux les effets de l'association (*infrà,* n° 1806), ce qui est contraire à l'essence même de la participation (1).

1794. Une troisième induction du même principe est précisée par l'art. 50 du Code de commerce, aux termes duquel « les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés. » Ces formalités, nous le savons, consistent : 1° dans la rédaction d'un écrit qui constate la formation de la société, c'est-à-dire l'avénement de l'être moral à la vie civile; 2° dans un ensemble de mesures destinées à assurer la conservation de l'écrit et à faire connaître l'existence de la société dans l'intérêt des tiers qui auraient à traiter avec elle (*suprà,* nos 1101 et suiv.). Or, s'agissant d'une société sans personnalité juridique (*infrà,* n° 1801), d'une association qui, selon l'expression de Savary, « n'est connue de personne, comme n'important en façon quelconque au public », et dans laquelle « tout ce qui se fait en la négociation ne regarde que les associés chacun en droit soi », ces formalités diverses n'auraient pas d'objet, et, dès lors, sont inutiles. Les tiers contractent avec les associés individuellement, et n'ayant, en principe, pour obligé que celui avec lequel ils traitent, ils n'ont pas à connaître les autres. Quant aux associés eux-mêmes, la convention ou le contrat qui les lie n'altère pas leur crédit personnel plus gravement qu'une foule d'autres conventions dont il n'est pourtant en aucune façon nécessaire de révéler l'existence au public.

1795. L'association en participation est donc justement dispensée de toute publicité; elle en est dispensée pour le moment où elle prend fin aussi bien que pour celui où elle se forme. Cette association, a dit la Cour de Paris, « est, de son essence, *occulte* et inconnue; elle n'a pas besoin de la publicité à l'époque de sa dissolution, plus qu'elle ne l'emprunte à sa formation. » (2) Elle est, aujourd'hui, qualifiée *occulte,* comme on la qualifiait, autrefois, anonyme, inconnue. Et nous ne ré-

(1) *Comp.* Bordeaux, 6 févr. 1849 (Dall., 51, 2, 229; *J. Pal.*, 1850, t. I, p. 180; S.-V., 49, 2, 535).

(2) Voy. Paris, 8 août 1870 (Dall., 71, 2, 7).

pugnons pas, pour notre part, à cette qualification, pourvu que la portée en soit nettement précisée.

1796. Elle est, dit Troplong, « essentiellement occulte. Quel que soit son objet, *si elle se manifeste au public,* elle n'est pas une participation. Momentanée ou prolongée, embrassant une affaire née ou une affaire à naître, une opération simple ou des opérations successives, *dès l'instant qu'elle ne reste pas concentrée dans des rapports intérieurs, elle est une société collective; le nom de participation est menteur, il ne lui appartient pas.* » (1) Il y a là quelque chose d'exagéré, au moins dans les termes, en ce qu'il en paraît résulter que les associés devraient, pour rester dans les conditions de la participation, ne pas divulguer leurs agissements et tenir en quelque sorte leur association dans le mystère. Or, il n'en est rien, et cela a été clairement démontré par MM. Delamarre et le Poitvin. « *Occulte,* disent-ils, répond au latin *non proscripta,* et, par rapport à la participation, il ne signifie pas autre chose. — Ce qui constitue éminemment l'essence de la participation, *c'est que l'associé qui agit n'use que de son propre crédit.* Voilà le point fondamental. Tant que les choses se passent ainsi, sans manœuvres frauduleuses, sans faits d'imprudence de nature à induire le public à croire que d'autres contractent que le participant qui traite, une participation peut exister et agir à ciel ouvert, sans cesser pour cela d'être participation, et l'on en voit chaque jour des exemples. » (2) Ainsi, bien qu'il soit de la nature de la participation d'être *ignorée* des tiers, il ne s'ensuit en aucune manière que les associés doivent faire mystère de leur association, sous peine de perdre immédiatement le privilége important de n'engager au regard des tiers que l'associé qui agit et d'être traités comme associés en nom collectif. On voit journellement en pratique des associations qui ont le caractère véritable de participation, et dont l'existence ne fait pourtant doute pour personne. Et la jurisprudence abonde en décisions qui, tout en posant en thèse que la participation est *essentiellement occulte « de sa nature »*, reconnaissent néanmoins « que ce n'est pas la connaissance que les étrangers pourraient acquérir de son existence qui lui ferait perdre le privilége et le caractère que la loi lui accorde. » (3)

1797. Mais si les participants ne sont pas tenus de faire mystère de leur association, il faut reconnaître au moins que le caractère et la nature même de cette association leur imposent certaines réserves dont ils ne sauraient sortir impunément. Ils peuvent sans doute agir à découvert et publiquement; mais il faut que leurs agissements soient tels qu'ils ne puissent pas donner le change. Celui qui agit étant, en principe, le seul obligé, il en résulte non-seulement qu'il doit agir en son nom personnel, mais encore qu'il doit s'abstenir de tout ce qui pourrait donner à penser au cocontractant qu'il y a derrière lui une société tout

(1) Troplong (*Soc.*, n° 499).
(2) MM. Delamarre et le Poitvin (t. VI, n° 102).
(3) Ce sont les expressions d'un arrêt de la Cour de Nancy du 3 févr. 1848 (Dall., 48, 2, 183; *J. Pal.*, 1849, t. I, p. 588; S.-V., 48, 1, 519).

entière obligée et dont chacun des membres pourrait être recherché. De leur côté, les associés autres que celui qui a traité doivent s'abstenir de tous faits, de tous actes d'immixtion susceptibles de faire naître dans l'esprit du contractant cette même croyance. Enfin et surtout, les participants doivent se garder de l'action collective, qui, les mettant tous en scène comme agissant dans un intérêt commun, ne pourrait que tromper, sur la nature même de leur association, les tiers avec lesquels ils auraient ainsi traité.

1798. Et maintenant, supposons que, par oubli de cette réserve, les participants ou quelques-uns d'entre eux aient fait acte d'immixtion dans la gestion ; quelles seraient les conséquences ? Il résulte de la doctrine de quelques auteurs, et on peut lire dans plusieurs arrêts, que lorsque par suite de manœuvres ou même de simples faits d'imprudence les choses se sont produites de manière à induire les tiers à croire que d'autres contractent indépendamment du participant qui traite personnellement, l'association cesse d'être participation et devient société collective. La proposition, à notre avis, n'est pas admissible en ces termes. Pour qu'elle fût exacte, il faudrait pouvoir dire que les associés, dans ce cas, sont tenus indistinctement à l'égard de quiconque aurait traité avec l'un des participants ; or, il n'en est rien, le droit de recourir contre tous les associés ne pouvant et ne devant appartenir qu'à celui-là seul que les manœuvres frauduleuses ou les faits d'imprudence auraient trompé. Il faudrait aussi pouvoir dire que les tiers, excipant de la fraude ou de la faute des associés, pourraient demander *la nullité de l'association* pour inaccomplissement des formalités nécessaires à la constitution des sociétés collectives ; or, il n'en est rien. Que cela soit possible dans le cas où, dès le début, les associés ont eu la pensée de cacher, sous le titre menteur de participation, une société d'une autre nature, à la bonne heure. *In conventionibus, contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.* (L. 219, *De verb. sign.*) Et la jurisprudence fournit, en effet, des exemples assez nombreux de sociétés qui, qualifiées participations par les parties, étaient en réalité, soit des sociétés collectives (1) ou en commandite (2) agissant sous une raison sociale, soit des sociétés anonymes en ce qu'elles avaient un capital divisé par actions (3), et qui ont été annulées pour inaccomplissement des formalités requises. Mais il n'en saurait être ainsi alors qu'en se disant en participation, les associés ont eu la volonté de n'être réellement que des participants, et nullement de cacher sous une fausse qualification une société commerciale d'une autre espèce. Nul, évidemment, en ce cas, ne saurait être admis à demander l'annulation, pour inaccomplissement des formalités, d'une association que la loi déclare expressément n'être sujette à aucune formalité (*infrà*, n° 1808). Il n'est donc pas exact de dire, en thèse, que la conséquence de l'immixtion dans la gestion ou de tous autres faits susceptibles d'induire les tiers en erreur

(1) Voy. Cass., 29 juill. 1863 (S.-V., 63, 1, 447).
(2) Req., 20 nov. 1861 (S.-V., 62, 1, 94).
(3) Cass., 12 juill. 1842 (*J. Pal.*, à sa date).

sur la nature de la société est d'enlever à l'association en participation son caractère propre et de la faire dégénérer en société collective.

Quelle sera donc la conséquence? En nous reportant aux règles générales, aux principes du droit commun, nous dirons qu'en premier lieu ce tiers puisera, dans l'erreur à laquelle il a été induit sur la nature vraie de la société, la faculté de répudier la convention faite avec l'un des associés, s'il lui convient de s'en dégager. Ainsi, les participants ont tous concouru à faire naître l'erreur; ils ont fait croire à l'existence d'une société en nom collectif par des actes d'immixtion personnelle dans les affaires de l'association, dans la gestion de celui qui était chargé d'agir : évidemment, celui qui, par le fait de ces immixtions personnelles, a été amené à penser qu'il avait la société pour obligée, bien qu'il eût traité seulement avec l'un des associés, pourra demander, sinon la nullité de la société, nous venons de le dire, au moins la nullité de la convention qu'il a faite, et obtenir cette nullité par application de l'art. 1110 du Code civil. L'erreur sur la personne, aux termes de cet article, est une cause de nullité quand la considération de cette personne a été la cause principale de la convention. Or, ici, la convention a eu lieu principalement en considération de la société dont le tiers contractant supposait l'existence. C'est une société qu'il croyait et voulait avoir pour obligée; une société, être moral, ayant un patrimoine distinct de celui des associés, et lui offrant, à ce titre, des garanties que n'offriraient pas les participants pris individuellement, même fussent-ils solidairement obligés, puisque la solidarité n'équivaudrait pas aux avantages résultant de la priorité dont jouissent les créanciers sociaux eu égard au patrimoine d'une société revêtue de la personnalité juridique (*suprà,* n° 666). Ce serait donc bien là une erreur susceptible de vicier le consentement, au sens de l'art. 1110, § 2, du Code civil; et la nullité de la convention devrait être prononcée si elle était provoquée.

1799. Mais si le tiers trompé aimait mieux tenir pour l'exécution de la convention, la conséquence serait alors que la participation perdrait le privilége, qui lui est propre, d'obliger seulement le directeur, le gérant ou celui qui a personnellement traité. Toutefois, comment et dans quelle mesure l'obligation et la responsabilité s'étendraient-elles aux autres participants? En se référant encore au droit commun, il semble qu'il y aurait lieu à une responsabilité des associés *in solidum,* par application des art. 1382 et 1383 du Code civil. Et, en effet, on trouve ici réunies les conditions de la responsabilité édictée par ces articles, d'après lesquels chacun est obligé à la réparation du dommage qu'il a pu causer par sa faute ou même par sa négligence ou par son imprudence. Il y a d'abord le fait illicite, l'imprudence, car les participants, tenus par les liens d'une société sans existence au regard des tiers, d'une association « les regardant eux seuls, chacun en droit soi », ont eu le tort d'agir de façon à faire croire qu'adoptant le type de l'association commerciale, ils avaient formé entre eux une sociéte en nom collectif. Il y a ensuite le fait imputable, les participants, nous le supposons, ayant agi librement et volontairement. Il y aura, enfin, le fait

dommageable, si le tiers qui a contracté sur la foi d'une garantie collective et solidaire se trouve n'avoir devant lui qu'un obligé sans solvabilité. Or, les art. 1382 et 1383 n'étant applicables qu'autant qu'il y a dommage effectif, dommage réalisé, on pourrait dire, d'une part, que les participants autres que celui qui a traité ne pourraient être recherchés que comme de simples cautions en quelque sorte, c'est-à-dire qu'autant que le tiers serait constitué en perte par suite de l'inefficacité de son action contre celui des participants avec lequel il a contracté; et, d'une autre part, que le recours contre les participants serait ouvert seulement au tiers qui aurait été trompé ou induit en erreur. C'est, sans doute, une question de savoir si l'obligation de réparer le dommage causé par plusieurs personnes pèse solidairement sur chacun ou si, dans les termes des art. 1382 et 1383, il s'agit simplement d'une obligation *in solidum*. Mais, quelque parti que l'on prenne sur ce point (1), il resterait au moins hors de doute que les participants seraient tenus, par application de ces articles, seulement vis-à-vis du tiers auquel leur fait ou leur imprudence aurait été préjudiciable, c'est-à-dire de celui qui, ignorant le véritable caractère de l'association, aurait été induit à croire à l'existence d'une société en nom collectif.

Toutefois, la jurisprudence va beaucoup au delà. D'après les arrêts intervenus, les participants qui se sont immiscés dans la gestion ou qui ont agi en commun sont, dès le principe même, obligés solidairement comme s'ils avaient formé entre eux une société collective, en sorte qu'ils peuvent tous et chacun être poursuivis directement, quand même celui ou ceux qui ont figuré à l'acte seraient parfaitement en mesure de faire face à leur engagement (2). La Cour d'Aix, dans un arrêt déjà cité, dit, pour justifier cette doctrine, « que, refuser la solidarité aux tiers en pareille circonstance, ce serait fournir une prime et un encouragement à la fraude, puisque, associés régulièrement en nom collectif, les associés seraient solidairement tenus des engagements sociaux, tandis qu'ils échapperaient à cette conséquence en se dispensant des obligations que la loi leur impose ou en violant ses dispositions, de sorte que, violer la loi, serait se faire une position meilleure qu'elle ne le serait pour ceux qui l'auraient observée. » (3) On pourrait répondre qu'en général et en droit, la vraie solidarité ne procède ni de la bonne foi des uns, ni de l'imprudence des autres, puisque, aux termes de la loi, elle ne saurait exister qu'autant qu'elle a été expressément stipulée ou qu'elle résulte

(1) La Cour de cassation décide qu'il s'agit d'une véritable solidarité, et, en conséquence, elle juge que la demande en réparation du dommage résultant d'un fait ou quasi-délit reprochable à plusieurs personnes peut être intentée contre l'une d'elles seulement. Cass., 23 août 1869, et Rej., 30 juin 1869 (S.-V., 69, 1, 395 et 469; Dall., 69, 1, 337 et 464; *J. Pal.*, 1869, p. 1216). C'est aussi l'avis de MM. Aubry et Rau (t. IV, p. 749) et Larombière (sur l'art. 1203, n° 5). — Mais voy., dans le sens de l'obligation *in solidum*, Marcadé (t. IV, n° 604, et art. 1382 et 1383, n° IV).

(2) Voy. notamment Bordeaux, 19 juill. 1830 (S.-V., 31, 2, 75; Dall., 31, 2, 74); Colmar, 29 avr. 1850 (S.-V., 55, 2, 126; *J. Pal.*, 1852, t. I, p. 254; Dall., 52, 5, 512); Metz, 2 (ou 29) nov. 1854 (S.-V., ibid.; *J. Pal.*, 1854, t. II, p. 424; Dall., 55, 2, 135); Poitiers, 6 avr. 1870 (Dall., 70, 2, 192).

(3) Voy. l'arrêt de la Cour d'Aix du 4 juin 1868, cité *suprà*, n° 1786.

d'une disposition de la loi (C. civ., art. 1202). C'est ce qu'a senti la Cour de Nancy, qui, consacrant la même thèse dans un arrêt longuement et soigneusement motivé, s'est attachée à donner une disposition législative pour fondement à la solidarité. « L'association en participation, placée en quelque sorte sur les limites des sociétés en nom collectif et en commandite, a-t-elle dit, ne conserve le privilége important de n'engager au regard des tiers que l'associé qui agit qu'à la condition que les associés participants ne viennent pas, par une intervention active, par des actes d'immixtion et de collaboration, tromper les tiers sur la nature même de la société et leur présenter en apparence les garanties de la solidarité;... elle n'exclut pas, sans doute, le droit que peut avoir chacun des participants de surveiller les opérations de l'associé chargé d'agir;... mais cette espèce d'association tenant par sa nature à la société en commandite, on doit par analogie lui appliquer les principes posés par les art. 27 et 28 du Code de commerce... » (1)

Bien que, même ainsi justifiée, la solution de la jurisprudence ne nous paraisse pas à l'abri de la critique, nous n'hésitons pas à reconnaître qu'elle est plus dans les traditions et les nécessités commerciales que celle à laquelle conduirait l'application du droit commun. Obliger les tiers induits en erreur sur la nature de la société à discuter le participant qui a traité avant de pouvoir recourir aux autres, ce serait créer des complications auxquelles répugnent les pratiques du commerce et même les principes de la loi commerciale, qui est généralement facile pour les tiers et tient compte de leur intérêt bien autrement et bien plus que la loi civile. On peut donc adhérer à la solution qui a prévalu dans la jurisprudence.

1800. Mais, en l'acceptant, il importe de la renfermer et de la maintenir dans de justes limites. Nous avons dit tout à l'heure que la solidarité ne doit pouvoir être invoquée que par le tiers dont la confiance aurait été surprise ou qui aurait été induit en erreur sur la nature de la société. Nous ajoutons, à titre de limitation nouvelle, que la solidarité existe seulement à la charge de ceux des associés qui, par leur faute ou par leur imprudence, auraient donné lieu à l'erreur dans laquelle seraient tombés les tiers. Dans l'avis, ci-dessus reproduit (n° 1792), qu'il a exprimé au conseil d'État, Regnauld de Saint-Jean d'Angély, après avoir dit que le « recours contre les associés participants » serait subversif des principes, ajoutait « qu'il en serait autrement si l'on avait annoncé (au tiers qui a contracté) qu'il aura en outre pour débiteurs des associés en participation; qu'alors le recours contre ces associés ne pourrait lui être refusé. » D'où suivrait que, dans cette hypothèse, tous les associés indistinctement pourraient être recherchés et seraient tenus par les liens de la solidarité. Il n'en saurait être ainsi, à notre avis, que dans le cas où tous les participants seraient en faute par rapport aux tiers, par exemple s'ils s'étaient obligés en commun par le même acte et sans division d'intérêts : c'était l'espèce dans l'arrêt précité de la

---

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de Nancy du 3 févr. 1848, cité *suprà*, n° 1796, *in fine*.

Cour de Nancy. Mais si l'erreur du tiers provenait d'une faute, d'un fait d'immixtion personnel à l'un ou à plusieurs des participants, celui-là ou ceux-là seuls seraient en faute, et, seuls dès lors, assimilés, selon la doctrine de ce même arrêt, à des commanditaires qui auraient fait acte d'immixtion, ils pourraient être considérés comme débiteurs solidaires avec l'associé directeur ou gérant.

1801. Enfin, la dernière conséquence du principe que la participation est une société sans existence à l'égard des tiers, c'est qu'à la différence des sociétés commerciales énumérées dans l'art. 19 du Code de commerce, elle ne forme pas un corps moral distinct et en dehors des individus dont l'association est composée. C'est une conséquence déjà et plusieurs fois indiquée dans notre commentaire des *Sociétés civiles* (*suprà*, nos 124 et 666), et, au point où nous voici maintenant de nos explications sur la participation, on peut dire qu'elle est établie et justifiée. La fiction de l'être moral, de la personnalité juridique, qui est la condition légale des sociétés de commerce, a pour principe et pour base la nécessité, à laquelle ont obéi les législateurs soit anciens, soit modernes, de donner son efficacité à l'action sociale par la concentration des forces communes et la personnification de la société dans un nom collectif, dans un être de raison, qui représente les associés et puisse agir pour eux tous pris collectivement. Elle implique donc l'idée que quiconque entre en relation d'affaires avec une société commerciale contracte directement non point avec les associés individuellement, mais avec la société elle-même personnifiée dans cet être de raison auquel les parties, en s'associant, ont donné naissance. Or, dans la participation, le propre de l'association, nous l'avons vu, c'est précisément « que, n'important en façon quelconque au public, tout ce qui se fait en la négociation ne regarde *que les associés chacun en droit soi, et qu'il n'y a que celui qui agit qui est seul obligé.* » C'est plus que la justification de notre proposition; c'en est en quelque sorte la constatation même : car dire d'une association que les membres dont elle est composée agissent *ut singuli,* que tout ce qui s'y fait ne les regarde que *chacun en droit soi,* c'est dire, en d'autres termes, qu'elle n'est pas personnifiée dans un être de raison, qu'elle n'a pas une existence propre et distincte de celle des associés.

1802. Du reste, c'est un point certain aujourd'hui. Il a été mis en question autrefois, et quelques anciens arrêts de cours d'appel ont affirmé que, comme les autres sociétés commerciales, l'association en participation forme un être moral distinct et séparé de chacun des individus qui la composent (1); mais il est maintenant établi par une jurisprudence constante, et notamment par celle de la Cour de cassation, qui, en censurant plusieurs de ces arrêts, a dit : « Si l'on peut considérer comme des êtres moraux les sociétés commerciales comprises dans l'art. 19 du Code de commerce sous les noms de société en nom

(1) Voy. Paris, 9 août 1831 (S.-V., 31, 2, 259; Dall., 31, 2, 209); 23 nov. 1834 (S.-V., 35, 2, 69; Dall., 35, 2, 77); Bordeaux, 2 août 1832 (S.-V., 33, 2, 327; Dall., 33, 2, 103).

collectif, société en commandite et société anonyme, c'est parce qu'elles sont accompagnées de formalités qui les font connaître au public, et sont représentées par une raison sociale au nom et pour le compte de laquelle se font tous les actes. Mais il n'en peut être de même des associations en participation, qui, d'après les usages du commerce et l'ordonnance de 1673, auxquels il n'a pas été innové, n'ont aucune publicité, et dont la chose sociale, relativement aux tiers, est légalement la propriété de l'associé administrateur... » (1) La doctrine est également fixée. Sans doute il y a des auteurs absolus en sens contraire (2); d'autres proposent des distinctions; rattachant ce point à la question de savoir si la participation est une véritable société, ils voient l'être moral là où la participation leur apparaît comme une société véritable. Tel est, notamment, l'avis de M. Bravard, qui admet ou conteste l'existence de l'être moral suivant que la convention constitue ce qu'il a appelé la participation *contrat innomé* ou la société en participation (*suprà*, n° 1780) (3). C'est aussi le sentiment de Pardessus, qui, se plaçant à un autre point de vue, estime que, dans les rapports des participants entre eux, la convention a pour objet de créer un être moral, tandis qu'à l'égard des tiers, à qui l'existence de l'association n'a pas été signalée, la convention n'a plus le même caractère (4). Mais les auteurs se sont prononcés, en général, dans le sens de la jurisprudence, et, considérant avec raison que la fiction de l'être moral est étroitement liée à l'idée d'une constatation par écrit de la société et à sa publicité, ils nient d'une manière absolue cette fiction quant à une association qui, de par la loi, n'est sujette à aucune de ces formalités (5).

V. — 1803. Nous avons dit quels sont les caractères de l'association en participation, société véritable, dont le trait essentiel et saillant qui la sépare des sociétés en nom collectif, en commandite et anonyme, est de n'avoir pas d'existence à l'égard des tiers. Résumant maintenant les circonstances externes qui, comme inhérentes en quelque sorte à ce trait particulier, sont susceptibles de révéler la nature de cette association, nous pouvons dire de la participation : 1° qu'elle est *occulte* (*non proscripta*), ce qui la sépare de toutes les autres sociétés commerciales dont l'existence doit être annoncée au public par un ensemble de moyens que la loi détermine et précise (*suprà*, n°s 1135 et suiv.); 2° qu'elle agit *sous le nom des associés,* et n'a ni raison sociale, ni signature qui l'oblige; 3° qu'elle n'a pas *de domicile.* Ce sont autant de points dont on trouvera le développement dans les observations qui précèdent.

---

(1) Cass., 2 juin 1834 (S.-V., 34, 1, 603; Dall., 34, 1, 202); 19 mars 1838 (S.-V., 38, 1, 343; *J. Pal.*, 1838, t. I, p. 395; Dall., 38, 1, 102); 5 mai 1858 (S.-V., 59, 1, 223; *J. Pal.*, 1858, p. 1206); 16 avr. 1864 (S.-V., 64, 1, 173; *J. Pal.*, 1864, p. 930; Dall., 64, 1, 305). Voy. aussi Rouen, 19 janv. 1844 (S.-V., 44, 2, 393; Dall., 44, 2, 204); Paris, 7 nov. 1848 (S.-V., 49, 2, 200).

(2) Voy. MM. Malepeyre et Jourdain (p. 264).

(3) Voy. M. Bravard (*Soc.*, p. 234 et 235). — *Comp.* M. Molinier (n°s 578 et 591).

(4) Pardessus (t. III, n° 1046).

(5) Voy. MM. Troplong (n° 480), Delamarre et le Poitvin (n° 105), Massé (n° 1981), Delangle (n° 593), Alauzet (n° 408), Demangeat, sur Bravard (*loc. cit.*, à la note), Boistel (*Précis*, p. 250), Lombard (p. 153).

1804. Ajoutons, comme une autre circonstance, que la participation n'a pas non plus d'installation ni d'action commune pour le commerce. « Ce qui caractérise spécialement la participation, dit la Cour de Paris, et la distingue des sociétés commerciales énumérées au titre III du Code de commerce, c'est l'absence de raison ou de signature sociale, *d'installation commune pour le commerce*, et enfin de tout ce qui constitue vis-à-vis des tiers l'existence d'une individualité commerciale... » (1) Ceci est certain et résulte virtuellement de ce qui a été dit plus haut touchant l'obligation faite aux participants de s'abstenir de tous actes ou agissements susceptibles de faire croire à l'existence d'une société en nom collectif ou en commandite. Il est évident, en effet, que la création d'une société comportant une installation commune, et, par suite, une constante immixtion des participants, pourrait faire naître cette croyance.

Ce n'est pas à dire, toutefois, que toute action en commun de la part des participants soit absolument incompatible avec la participation. Par exemple, plusieurs marchands, se rencontrant dans un marché, forment à la hâte une société de l'espèce dans le but d'acheter en commun un lot de marchandises : il est évident que, dans cette hypothèse où les associés ont agi comme acheteurs conjoints, l'*action en commun* qu'ils ont eu en vue en formant leur association, par cela même qu'elle *n'éveille pas nécessairement l'idée de société*, est sans danger pour les tiers; elle n'enlève pas à la participation son caractère de société occulte, et ne saurait, dès lors, la vicier dans ses éléments essentiels. Mais il en serait autrement d'une participation prétendue dans laquelle chacun des associés pourrait remplir les fonctions de gérant concurremment avec les autres relativement à toutes les affaires sociales.

1805. On peut rechercher, pour compléter ces observations, ce qui adviendrait dans le cas où les participants, en s'associant, ne tiendraient pas compte des conditions propres à la convention par laquelle ils se disent liés. Par exemple, bien qu'associés en participation, ils ont cru devoir rendre leur association publique : quelle sera la conséquence? Tout en considérant la question comme assez délicate, nous inclinons à penser qu'en général du moins le fait ne serait pas de nature à compromettre l'existence de la participation, ni à modifier les relations des tiers avec les associés. De ce que la condition de cette espèce de société est d'être *occulte,* il ne s'ensuit pas, nous l'avons établi, que les associés ne puissent pas agir publiquement et au grand jour (*suprà,* n° 1796); il est permis d'induire de là que le fait de la publication ne suffirait pas à lui seul à enlever à la convention son caractère propre : la société resterait une participation si, d'ailleurs, les associés, en en révélant l'existence par la publicité, avaient pris le soin d'en préciser exactement le caractère propre et la nature (2).

1806. Supposons maintenant qu'en donnant à leur société la quali-

(1) Voy. Paris, 7 févr. 1863 (Dall., 63, 2, 62).
(2) *Comp.* Paris, 9 mars 1843 (S.-V., 43, 2, 273).

fication de participation, les associés agissent sous une raison sociale dans laquelle ils font entrer leurs noms : la solution ne saurait plus être la même. La nature d'une convention est déterminée par ce qu'ont fait les parties plutôt que par ce qu'elles ont dit. Or, si l'on écarte la qualification qui a été donnée à l'acte, on reste en présence d'une association dont l'objet est de faire le commerce, ou du moins certaines opérations de commerce, sous une raison sociale; et c'est là le propre d'une société en nom collectif (C. comm., art. 20). Ce sera donc une société de cette espèce qui, en réalité, aura été le plus souvent dans la pensée des parties (1); et la société sera valable ou nulle suivant qu'elle aura été constituée avec ou sans l'accomplissement des conditions requises pour la formation d'une telle société.

1807. Que si les associés ont assigné un domicile social à leur association en participation, la convention sera viciée dans son essence; car le domicile social implique l'idée d'une société revêtue de personnalité juridique, et la participation n'a pas de personnalité distincte des associés. Ce serait donc là une cause de nullité. Et, fondée qu'elle serait sur une impossibilité juridique, la volonté des parties ne pouvant créer une société qui donne naissance à un être moral en dehors des conditions établies par la loi, ou sur des motifs d'intérêt général, la sûreté des affaires exigeant qu'il ne puisse pas s'élever de doute sur la nature véritable de l'association qui se forme, la nullité serait absolue et pourrait, dès lors, être invoquée par tous les intéressés. Les associés qui, dans l'hypothèse, sont en faute, pourraient, de plus, être condamnés à la réparation de tout le dommage que leur imprudence aurait causé. Il y aurait lieu, en un mot, d'appliquer ici ce qui a été dit plus haut du cas où, au cours de la gestion, les participants auraient, par leurs agissements, induit les tiers à se méprendre sur la nature de leur association (*suprà*, n°s 1797 et suiv.).

1808. Les solutions seraient les mêmes si l'association avait été organisée en vue d'une installation et d'une action en commun. Le fait, de nature à faire croire à l'existence d'une société en nom collectif, aurait pour résultat, de même que le précédent, de vicier la participation dans son essence; il entraînerait donc les mêmes conséquences.

Mais, allant plus loin dans l'une et l'autre hypothèse, pourrait-on dire que l'association serait à considérer comme constituant une société en nom collectif, laquelle serait nulle pour défaut de forme? Cette question, déjà touchée (*suprà*, n° 1798), et dont l'intérêt tient à ce que la nullité pour défaut de forme ne fait pas que la société ne produise point ses effets à l'égard des tiers jusqu'au jour où l'annulation en est prononcée, doit, à notre avis, être résolue négativement. Ce que les associés ont voulu, ce qu'ils ont entendu faire, nous le supposons, c'est une association en participation, et nullement une société en nom collectif. S'ils ont méconnu les règles ou les conditions propres à l'association

(1) Voy. Bordeaux, 6 févr. 1849, et Nancy, 25 avr. 1853 (S.-V., 55, 2, 535; 49, 2, 535; *J. Pal.*, 1850, t. I, p. 180; Dall., 51, 2, 230).

qu'ils ont eu la pensée de former, la seule conséquence qu'il soit légitime d'induire, c'est que leur convention ne vaut pas comme participation; il serait exorbitant de dire que, nulle en tant que participation, leur association doit être transformée en une société en nom collectif. La société collective, nous le voulons bien, est en quelque sorte le type de l'association commerciale, et c'est de là, sans doute, que M. Troplong, dont nous avons rappelé plus haut et contesté la doctrine (*suprà*, n° 1796), part pour affirmer que, « dès l'instant que la participation ne reste pas concentrée dans des rapports intimes, *elle est une société collective.* » Mais c'est ne tenir aucun compte de la volonté des parties, qui, dans l'espèce, ont voulu tout autre chose qu'être associés en nom collectif; et, pour que la solution fût exacte, il faudrait avant tout établir qu'en toute circonstance où des associés ont contracté une société nulle ils sont engagés dans les liens d'une société collective. Or, la proposition est assurément inadmissible; car, qui voudrait soutenir que si, entendant former une société anonyme, par exemple, des associés ne se sont pas conformés aux règles propres à cette espèce de société, leur convention les constitue en société collective? La transformation de la participation en société collective n'est pas plus soutenable dans notre espèce. Et vainement on exciperait de l'intérêt des tiers qui, trompés par l'apparence, auraient traité de bonne foi. Plus on y songe, et plus on reste convaincu que le principe de l'action des tiers est, non point dans l'existence d'une société quelconque, mais dans le *délit* ou le *quasi-délit* des associés, dont la faute, la négligence ou l'imprudence, les a induits en erreur sur la nature de la société. Cela étant, ils puiseront dans leur bonne foi le droit de demander l'exacte réparation du préjudice dont cette faute, cette négligence, ou cette imprudence, a pu être la cause; et, s'il en peut naître à leur profit une action même solidaire contre les associés, ils n'y sauraient du moins puiser le droit de constituer en être moral une association absolument dépourvue de la personnalité juridique, et de créer ainsi en leur faveur un véritable privilége à l'encontre des autres créanciers des associés.

SECTION II

DE LA CONSTITUTION ET DE LA PREUVE DES ASSOCIATIONS EN PARTICIPATION.

SOMMAIRE.

I. 1809. La participation est un contrat purement *consensuel;* ce caractère lui est commun avec les sociétés civiles : conséquences.

II. 1810. Comment elle peut être constatée. L'art. 49 du Code de commerce énonce divers moyens : 1° la représentation des livres de commerce; — 1811. 2° La production de la correspondance; — 1812. 3° La preuve testimoniale. — 1813. Historique de l'art. 49 en ce qui concerne ce dernier mode de preuve. — 1814. A quelles conditions et dans quelle mesure le pouvoir d'autoriser la preuve testimoniale est accordé aux tribunaux. — 1815. Les tiers pourraient-ils être admis à faire la preuve par témoins de l'existence de la participation?

III. 1816. L'énumération de l'art. 49 n'est pas limitative : admissibilité de la preuve littérale. — 1817. *Quid* si, dans le cas où les associés ont constaté leur convention par écrit, l'acte n'a pas été rédigé conformément à l'art. 1325 du Code civil? — 1818. Pourra-t-il être prouvé par témoins contre et outre le contenu

I. — 1809. A la différence des sociétés commerciales en nom collectif, en commandite et anonyme, lesquelles donnent naissance à un être moral, à une personne juridique, et dont, par ce motif, la formation n'est régulière qu'à la condition d'avoir été constatée par écrit et annoncée au public suivant le mode déterminé par la loi, l'association en participation est un contrat purement *consensuel;* le simple accord des parties suffit à sa perfection. Sous ce rapport, la participation rentre dans les termes du droit commun en matière de contrat, et se trouve assimilée aux sociétés civiles, qui, nous l'avons indiqué dans notre commentaire de l'art. 1834 du Code civil (*suprà,* nos 129 et suiv.), se forment *solo consensu.* Cet article dit, à la vérité, que toutes sociétés *doivent être rédigées par écrit* lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 francs. Mais, en cela, la loi a eu en vue la preuve, et nullement la formation du contrat (*suprà,* n° 133). En tout cas, en ce qui concerne l'association en participation, le point est précisé par la loi elle-même, notamment par l'art. 50 du Code de commerce, d'après lequel « les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés. »

Ainsi, les prescriptions de la loi relatives à la constitution des sociétés de commerce, spécialement en ce qui concerne les conditions extrinsèques auxquelles, en tant que personne juridique, les sociétés commerciales sont soumises pour leur formation et leur existence, ne concernent en aucune manière les associations en participation. Cette espèce de société de commerce ne constituant pas un être moral, une personne juridique distincte de la personne des associés entre lesquels elle est formée, et « n'important en façon quelconque au public », il eût été sans objet, et, par suite, il était inutile de la soumettre à la condition de publicité requise pour les autres sociétés de commerce. Et, comme elle « ne regarde que les associés chacun en droit soi », il n'y avait pas à leur imposer une forme quelconque pour la manifestation de la volonté ou des consentements d'où procède la société. Les associés, que seuls, en définitive, l'association intéresse, restent donc maîtres et libres de se lier verbalement ou par écrit, suivant les circonstances, telles que la nature de l'affaire, ses complications, sa durée plus ou moins prolongée, et aussi suivant le degré de confiance qu'ils s'inspirent réciproquement.

Nous n'avons pas à insister davantage sur des points dont la justification se trouve déjà dans nos précédentes observations touchant les caractères généraux de l'association en participation.

II. — 1810. Mais il en est un autre dont le législateur a dû se préoccuper. Comme contrat consensuel, l'association en participation se forme, sans doute, par le seul consentement des parties. Toutefois, si, en cas de contestation, l'existence n'en était pas avouée ou reconnue,

la participation serait comme si elle n'existait pas. Il faut donc qu'elle puisse être prouvée. C'est à quoi le législateur a cru devoir aviser par l'art. 49 du Code de commerce, aux termes duquel « les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise. »

La représentation des livres s'offrait naturellement la première à la pensée. Il n'est guère probable, en effet, si la participation est formée entre commerçants, que leurs livres n'en contiennent pas la trace. Le plus souvent même, c'est la juste remarque de M. Bédarride, l'exécution de l'opération donnera lieu à l'ouverture d'un compte courant, dans lequel chaque partie établira sa position et celle de ses coparticipants (1). La preuve par les livres s'imposait donc en quelque sorte. Et nous n'excluons ni les livres auxiliaires, ni même les livres principaux irrégulièrement tenus. Il est vrai qu'en mentionnant ce premier moyen de preuve, l'art. 49 a dû supposer des livres réguliers et tenus dans la forme légale. Mais ce n'est pas à dire que même incomplets ou irréguliers, ils ne puissent pas être admis, sinon comme prouvant par eux-mêmes la participation, au moins comme susceptibles d'en *faire présumer* l'existence. Or, nous verrons tout à l'heure que les simples présomptions constituent un moyen à ajouter à ceux que mentionne l'art. 49, dont l'énumération n'est pas limitative (*infrà,* n° 1819) (2).

1811. La représentation de la correspondance est indiquée en seconde ligne; et l'on conçoit que, dans la plupart des cas, c'est par la correspondance que la participation sera prouvée de la manière la plus certaine. Il est vrai encore aujourd'hui de dire, avec Savary, que s'il y a de ces sociétés « qui sont verbales, d'autres par écrit, *la plupart se font par lettres missives que les marchands s'écrivent respectivement.* » (*Suprà,* n° 1773.) Les parties ne sauraient donc, en ce cas, avoir de moyen plus sûr d'établir leur convention que la production de ces lettres par lesquelles elles se sont liées.

1812. Enfin, l'art. 49 autorise, en dernier lieu, « la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise. » C'est une dérogation aux art. 39 et suivants, qui, en ce qui concerne les sociétés commerciales, exigent la constatation par écrit, et interdisent toute preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes ou sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis l'acte. Mais c'est aussi un retour au droit commun en matière de commerce. Les restrictions apportées par la loi civile à l'admissibilité de la preuve testimoniale n'y sont pas applicables : la preuve par témoins est toujours recevable.

(1) Voy. M. Bédarride (n° 456).

(2) Notons cependant que, d'après la Cour de cassation, des livres irréguliers ne suffiraient pas à faire preuve de l'association en participation. Cela résulte, du moins, d'un arrêt de la chambre des requêtes, aux termes duquel l'arrêt qui déclare prouvée la convention, en mentionnant parmi les éléments de sa conviction les livres produits, *bien que ces livres n'aient pas été cotés et paraphés régulièrement,* ne peut néanmoins être annulé, *s'il trouve dans les autres considérations de fait par lui admises une justification suffisante de sa décision.* Req., 11 mai 1850 (*J. Pal.,* 1860, p. 273).

alors même qu'il s'agit de choses excédant la somme ou valeur de 150 francs. C'est le droit commun (art. 109); et si, néanmoins, le législateur a cru devoir le rappeler par une disposition expresse et spéciale à propos des associations commerciales en participation, c'est précisément et uniquement pour éviter qu'on étendît à la preuve de ces associations les dispositions exceptionnelles des art. 39 et suivants, écrits spécialement en vue des sociétés commerciales autres que la participation.

1813. Ce n'est pas, d'ailleurs, sans résistance que la dérogation a été consacrée. Dans la discussion de l'art. 49 (44 du projet) au conseil d'État, Treilhard, se rattachant aux règles établies par l'ordonnance de 1673, proposait, par amendement, d'exiger au moins le commencement de preuve par écrit, pour que la preuve testimoniale pût être admise. On ne doit pas, disait-il, « laisser le tribunal libre d'admettre la preuve par témoins, quand il lui plaît; que l'on exige du moins un commencement quelconque de preuve par écrit, ne dût-on le tirer que de simples lettres missives; *telle était la disposition de l'ordonnance de 1673.* » En ce dernier point, Treilhard donnait à l'ordonnance une portée que ni ses commentateurs, ni la jurisprudence contemporaine, ne lui avaient assignée; et, à cet égard, il nous suffira de nous référer à nos observations sur l'art. 1834 du Code civil (*suprà,* n° 140, *in fine*). Mais, en elle-même, d'ailleurs, la proposition était contraire à la nature des choses et aux besoins du commerce. « Les sociétés en participation, répondit Regnauld de Saint-Jean d'Angély, ne se forment pas toujours entre des négociants qui aient des livres, ni par correspondance. Dans les foires, par exemple, dans les marchés des grandes villes, la convention est verbale. Des marchands de chevaux, de bestiaux, de comestibles, etc., conviennent d'acheter en commun, et rien n'est écrit. Il est donc indispensable de permettre aux contractants de prouver le marché par témoins... » (1) L'amendement fut rejeté sur ces observations, et l'admissibilité de la preuve par témoins se trouva ainsi consacrée.

1814. Mais il fut entendu que les tribunaux devraient être très-réservés à admettre ce genre de preuve quand il ne serait pas appuyé d'un commencement de preuve par écrit. Selon la formule de la loi, les associations en participation peuvent être constatées par la preuve testimoniale, *si le tribunal juge qu'elle peut être admise.* Et cela signifie, non pas que le tribunal peut déclarer la preuve recevable ou non recevable, mais que, maître souverain de l'admettre ou de ne pas l'admettre, il doit l'ordonner seulement alors que les faits articulés présentent un caractère de gravité et de pertinence tel que, s'ils étaient établis, il y aurait preuve acquise de la participation alléguée. — Du reste, la preuve testimoniale est admissible, dans les mêmes conditions, non-seulement à l'effet d'établir le fait même de l'association, mais encore pour prouver que tels ou tels contrats passés par un associé ont été conclus non

(1) Voy. Locré (t. XVII, p. 193 à 197).

pour le compte personnel de cet associé, mais pour le compte de la société (1).

1815. Le législateur, dans l'art. 49, comme dans les autres articles relatifs à la participation, a eu en vue seulement les rapports des participants entre eux. On peut se demander alors si les tiers seraient aussi admis à invoquer la preuve testimoniale à l'effet d'établir l'existence de la société. Quelques auteurs se prononcent pour l'affirmative (2). Et nous admettons aussi, pour notre part, que, s'ils y avaient intérêt, les tiers pourraient prouver l'existence de la participation même par témoins. Ils exciperaient non-seulement de l'art. 49 du Code de commerce, mais encore et surtout de la disposition, bien autrement générale, de l'art. 1348 du Code civil, aux termes duquel les règles restrictives de la preuve testimoniale reçoivent exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de la convention.

Seulement, les tiers, il convient de le dire, sont, en principe, sans intérêt à faire directement la preuve de l'existence de la participation, puisque, en général, ils auront pour seul obligé l'associé avec lequel ils ont contracté. Ce sera par application des art. 1382 et 1383, comme il a été ci-dessus expliqué, qu'en des cas exceptionnels ils pourront avoir à agir contre les autres; c'est incidemment alors qu'ils prouveront la participation pour atteindre les participants dont l'imprudence ou la faute leur a été préjudiciable (3). Et, incontestablement, ils devront être admis à en établir l'existence même par la preuve testimoniale.

III. — 1816. L'art. 49, statuant au point de vue de la preuve, contient une énumération qui, nous l'avons dit, n'est pas limitative. Il consacre, à vrai dire, une extension du droit commun, et, par conséquent, il ne saurait être considéré comme excluant les moyens de preuve que le droit commun autorise. Or, la preuve littérale étant celle qui a la préférence de la loi, il serait déraisonnable de l'exclure ici sous prétexte qu'elle n'est pas mentionnée dans l'art. 59 du Code de commerce. Il est donc certain et de toute évidence que si les parties avaient cru devoir constater leur convention par écrit, l'existence de la participation pourrait être prouvée par la production de l'acte qui la constate.

1817. Mais lorsque les participants se déterminent à faire un acte écrit, ils doivent se soumettre aux conditions propres à la forme qu'ils adoptent. La Cour de Colmar a décidé que l'acte sous seing privé constatant une participation n'est valable et probant qu'autant que, conformément à l'art. 1325 du Code civil, il est fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct : « Considérant que, même en matière commerciale, ou dans toute autre où les parties auraient pu contracter verbalement, dès qu'elles ont adopté une autre forme d'obli-

(1) Voy. Paris, 15 mai 1811 et 19 avr. 1833 (S.-V., 34, 2, 290; Dall., 34, 2, 57).
(2) Voy. notamment MM. Alauzet (n° 418, *in fine*), Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 1638).
(3) *Comp.* M. Bédarride (n°s 462 et suiv.).

gation, elles se sont soumises à toutes les conditions requises par la loi pour la validité de la sorte d'acte qu'elles choisissaient pour constater leurs obligations...» (1) D'après quelques auteurs, cet arrêt ne devrait pas être suivi (2). C'est trop dire, si l'on entend que les parties qui adoptent la forme de l'acte sous seing privé pour constater une association en participation pourraient ne pas tenir compte de la disposition de l'art. 1325 relative aux actes sous seing privé renfermant des conventions synallagmatiques. Cependant il nous paraît, nonobstant l'arrêt de la Cour de Colmar, que, même fait en un seul original, l'acte sous seing privé pourrait être invoqué sinon comme faisant preuve complète de l'association, au moins comme un indice que le juge sera toujours libre d'admettre dans cette matière où, comme nous l'allons voir, il peut se décider sur de simples présomptions.

1818. Les participants qui ont jugé à propos de constater leur association par écrit, pourraient-ils être admis ultérieurement à prouver par témoins l'existence de modifications faites verbalement aux conventions constatées par l'acte? L'affirmative nous paraît certaine. L'art. 1341 du Code civil dit, à la vérité, « qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes.» Mais le même article, par sa disposition finale, fait une réserve pour les matières commerciales, en tant que la loi spéciale du commerce n'y fait pas obstacle. Or, la loi spéciale du commerce ne s'oppose en aucune manière à l'admission de la preuve testimoniale dans notre cas. Il en serait autrement, sans doute, s'il s'agissait des autres sociétés de commerce (collective, en commandite, anonyme), qui, aux termes de la loi commerciale, doivent nécessairement être rédigées par écrit (*suprà,* n° 1110) : aussi voit-on que le législateur, reprenant, dans l'art. 41 du Code de commerce, la disposition précitée de l'art. 1341 du Code civil, a pris le soin de dire « qu'aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis...» Mais il n'a rien dit de semblable en ce qui concerne la participation; il a autorisé, par l'art. 49, l'emploi de la preuve testimoniale en termes généraux qui, en l'absence de toute restriction ou limitation, comprennent tous les cas où ce mode de preuve ne serait pas admissible d'après le droit commun. C'est une application spéciale de la réserve contenue dans la disposition finale de l'art. 1341 du Code civil, lequel, après avoir interdit la preuve testimoniale soit de toute chose excédant la somme ou valeur de 150 francs, soit pour combattre les énonciations d'un acte instrumentaire, ajoute : « le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.» Donc, dans la participation, contrat purement consensuel (*suprà,* n° 1809), les participants, qui à l'origine auraient pu se lier par le seul consentement, pourront, par cela même, modifier verbale-

---

(1) Voy. Colmar, 28 août 1816 (Dall., *Rép.*, v° Société, n° 1640).
(2) Voy. notamment M. Alauzet (n° 418).

ment, au cours des opérations sociales, les conditions de l'association qu'ils ont jugé à propos de constater par écrit; et, le cas échéant, ils seraient admissibles à prouver par témoins les modifications par eux apportées à leur convention primitivement écrite (1).

1819. L'existence de la participation peut aussi être établie par de simples présomptions. Il n'est question, bien entendu, que des *présomptions de l'homme,* des présomptions ordinaires et de fait qui sont abandonnées à la prudence et aux lumières du magistrat. Il faut qu'elles soient graves, précises et concordantes; et, dans ces conditions, elles vont de pair avec la preuve par témoins, d'après l'art. 1353 du Code civil, aux termes duquel le magistrat peut admettre les présomptions dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale.

1820. Enfin, restent l'aveu et le serment. L'aveu de la partie est assurément la plus concluante de toutes les preuves; il suffira donc pour établir la convention dans les termes et suivant les indications des articles 1354 et suivants du Code civil. La Cour de Colmar a même décidé que les juges peuvent faire résulter la preuve de l'existence d'une association en participation de ce qu'un individu assigné comme membre d'une telle association n'a pas dénié cette qualité devant le juge de paix, et a consenti à entrer en compte à l'occasion de la société (2). Quant au serment, on se référera aux dispositions des art. 1357 et suivants du Code civil.

IV. — 1821. Tout ce qui vient d'être dit relativement à la constitution de l'association en participation est applicable sans difficulté aux modifications, à la dissolution et à la liquidation des sociétés de l'espèce. Dispensées de toute publicité au moment de leur formation, elles en sont également dispensées lors de leur dissolution, on l'a vu plus haut (*suprà,* n° 1795). De même, les preuves admissibles pour établir leur formation et leur existence sont également admissibles pour établir le fait de leur dissolution. C'est l'avis des auteurs (3), et la Cour de cassation a jugé en ce sens que la remise pure et simple du double de l'acte de société, par un des sociétaires entre les mains de l'autre, est une présomption grave suffisante pour faire admettre la dissolution de la société, alors, d'ailleurs, que cette présomption est fortifiée par une correspondance ultérieure (4).

---

(1) La question, qui s'élève la même à propos de l'art. 109 du Code de commerce, est généralement résolue en ce sens. Voy. MM. Toullier (t. IX, n° 233), Marcadé (sur l'art. 1348, n° 7), Bonnier (t. I, n° 145), Larombière (art. 1341, n° 37), Delamarre et le Poitvin (t. I, n° 193), Aubry et Rau (4ᵉ édit., t. VIII, p. 325, note 3), Massé (t. IV, n° 2570).

(2) Voy. Colmar, 21 mai 1813 (Dall., *Rép.*, v° Société, n° 1641, à la note).

(3) Voy. MM. Troplong (n° 913), Delangle (n°ˢ 629 et 630), Alauzet (n° 419), Dalloz (*ibid.*, n° 1642).

(4) Req., 10 janv. 1831 (S.-V., 32, 1, 207).

SECTION III

FONCTIONNEMENT DE LA PARTICIPATION.

SOMMAIRE.

1822. Division.

1823. *Des différentes espèces de participation.* La participation comporte un nombre infini de combinaisons, tout y étant laissé à la liberté des conventions. — 1824. Participations proprement dites et participation en commandite. — 1825. Division de la participation au point de vue de sa durée ou de son objet; — 1826, 1827. Au point de vue de son administration, — 1828. Et eu égard à la nature du droit des associés sur le fonds social.

1829. *Obligations et droits des associés dans leurs rapports entre eux.* Obligations générales communes à tous les associés. — 1830. Obligations au point de vue des risques : première hypothèse. — 1831. Deuxième hypothèse. — 1832. Troisième hypothèse. — 1833. Du reste, les participants peuvent mettre tous les risques à la charge d'un seul.

1834. Les associés ont le droit de réclamer leur part dans les bénéfices; détermination de cette part : renvoi. — 1835. Peuvent-ils demander un règlement annuel? Distinction. — 1836. Ils peuvent réclamer leurs avances avec intérêt. — 1837. Comment s'exerce le recours dans le cas où l'un des associés a limité sa perte à une certaine somme. — 1838. *Quid* en ce qui concerne les conséquences des insolvabilités?

1839. *Droits des associés sur le fonds social.* Cas dans lequel ils ne sont pas à considérer comme copropriétaires. — 1840. Hypothèse inverse. — 1841. Intérêt de la question de savoir s'il y a copropriété.

1842. *Administration.* A qui elle appartient. — 1843. Le gérant est un mandataire irrévocable. — 1844. Ses pouvoirs en matière extrajudiciaire. — 1845. Limite de ces pouvoirs. — 1846. Pouvoirs du gérant en matière judiciaire. — 1847. Les pouvoirs du gérant continuent pendant la liquidation : renvoi. — 1848. Les participants inactifs peuvent agir comme mandataires du gérant. — 1849. Ils peuvent surveiller ses opérations. Ont-ils le droit de s'opposer à certains actes?

I. 1850. *Rapports des associés avec les tiers.* En général, le gérant est seul obligé vis-à-vis des tiers. — 1851, 1852. Exceptions. — 1853. Les créanciers sociaux ont-ils un droit de préférence? Distinction. — 1854. Les associés peuvent-ils agir directement contre les tiers?

II. 1855. De la dissolution et de la liquidation de l'association en participation : renvoi.

I. — **1822.** Après avoir indiqué, dans les sections précédentes, les ractères généraux de l'association en participation, et étudié les règles opres à sa formation et à la preuve de son existence, nous avons à ›us occuper de son fonctionnement. C'est l'objet de la présente sec›n, dans laquelle il sera traité : 1° des combinaisons diverses que com›rte la participation ou de ses différentes espèces; 2° des engagements :s participants les uns à l'égard des autres; 3° de leurs droits et de ux de leurs créanciers personnels sur les choses qui appartiennent à participation; 4° des règles relatives à l'administration de la société; enfin, des relations des associés avec les tiers.

II. — **1823.** *Des différentes espèces de participation.* Suivant l'ar:le 48 du Code de commerce, les associations en participation, rela/es à une ou plusieurs opérations de commerce, « ont lieu pour les ›jets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt, et aux condi›ns convenues entre les participants. » On pressent, d'après ce texte, ıe la participation comporte un nombre infini de combinaisons, tout étant laissé à la liberté des conventions, sous la seule réserve de l'oblittion, pour les participants, de maintenir leur association dans sa na-

ture même et de s'interdire tout ce qui pourrait lui donner les caractères propres aux sociétés commerciales que la loi a pris le soin d'organiser. Aussi ne faut-il pas songer à présenter une énumération qui ne saurait jamais être complète; il suffira de faire apparaître les combinaisons les plus usitées, en reprenant les termes mêmes de la loi.

1824. Les associations en participation ont lieu « avec les proportions d'intérêt » convenues. Ainsi, il y a des participations dans lesquelles tous les associés participent aux pertes comme aux bénéfices pour une certaine quote-part, sans aucune limitation; d'autres où les participants inactifs limitent leurs pertes au montant de leur apport à la société. A ce point de vue, on peut distinguer ces sociétés en participations proprement dites et en participations en commandite, suivant une expression qui, employée dans la doctrine (1), donne une idée très-exacte de la nature des associations qu'elle désigne. Et, d'ailleurs, la légalité de ces dernières ne saurait être contestée. Les associés inactifs, en limitant à la valeur de l'apport le montant de leurs risques, étendent simplement aux associations de l'espèce certaines règles de la commandite; et cette extension, que l'art. 48 du Code de commerce autorise par la généralité de ses termes, n'a rien de contraire à l'art. 1855 du Code civil. Ce dernier article interdit uniquement d'affranchir un associé de toute contribution aux pertes. Or, rien de semblable dans notre hypothèse, puisqu'il y a chance de perte jusqu'à concurrence de la mise des participants inactifs. Ajoutons que la clause en question, n'intéressant que les associés dans leurs rapports entre eux, n'est pas de nature à tromper les tiers, ce qui en doit d'autant plus faire reconnaître la légalité (2).

1825. Les associations en participation ont lieu pour une seule ou pour plusieurs opérations. Et, à ce point de vue, si l'on s'attache à la durée, on conçoit des participations illimitées et des participations à terme, de même que si l'on envisage l'objet de l'association, on conçoit des participations ayant en vue une affaire unique, et d'autres qui embrassent une série d'affaires, ou même, suivant la jurisprudence (*suprà*, n°s 1787 et suiv.), toute une branche de commerce. Et notons que l'association ayant pour objet une opération unique ne cesse pas d'être une participation par cela seul que cette opération se borne à un achat, à l'acquisition, par exemple, de certains meubles que les associés se partageront en nature. Vainement a-t-on soutenu que pour qu'il y ait association en participation, il faut qu'indépendamment de l'acquisition faite en commun il y ait revente des choses achetées aux risques des participants, la participation devant aboutir à la réalisation de l'opération en profits ou en pertes. Pothier et Savary fournissent l'exemple d'une participation dans laquelle « des revendeurs... conviennent d'être réciproquement de part de tous les achats que chacun

---

(1) Voy. M. Molinier (n°s 617 et suiv.).

(2) L'espèce sur laquelle il a été statué par l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers du 18 janvier 1860 fournit l'exemple d'une participation en commandite par actions (*J. Pal.*, 1860, p. 771).

d'eux fera à la vente, et qu'après la vente ils mettront en une masse toutes les marchandises qu'ils y auront achetées chacun séparément, pour partager le tout entre eux. » (1) C'est qu'en effet, pour qu'il y ait société, et par conséquent participation, il est nécessaire, mais il suffit, que les associés aient en vue la réalisation d'un bénéfice. Or, la condition se produit dans l'association supposée : en agissant conformément à la convention qui les unit, les participants comptent se procurer à meilleur marché les choses acquises en commun, et en retirer par suite un plus grand profit.

1826. L'organisation de la participation, au point de vue de son administration, fait apparaître une autre division du plus grand intérêt dans la pratique.

Le plus souvent, les pouvoirs sont concentrés dans les mains d'un gérant unique, maître de la direction à donner aux affaires et dont le nom figure seul dans les opérations sociales, ses coparticipants ayant uniquement en vue les résultats d'une gestion à laquelle ils restent étrangers. — Néanmoins, il arrive fréquemment que la participation se forme entre plusieurs associés qui, bien que conservant aux yeux des tiers leurs personnalités distinctes, et agissant chacun en son nom, concourent cependant les uns et les autres au succès de l'entreprise.

1827. Citons, à titre d'exemple, la combinaison, proposée par Savary, dans laquelle l'un des participants achète des marchandises à Marseille, avec les deniers de la société, et les expédie ensuite à son participant de Paris, qui les revend; de telle sorte que l'un est préposé à l'achat et l'autre à la vente, et que tous deux réalisent par leur action combinée l'objet de la participation, acheter pour revendre.

On peut citer encore une autre association, également indiquée par Savary, et que M. Molinier rappelle en ces termes : « Savary trace dans son *Parfait négociant* le modèle d'une société remarquable entre marchands et fabricants, pour l'établissement d'une manufacture de draps d'or, d'argent et de soie, dans la ville de Lyon. Les accords, dont il donne la formule, offrent cette circonstance, que chacun des associés doit *gérer en son propre nom,* et que les bailleurs de fonds doivent participer à l'administration. L'association se constitue moyennant un capital de 120000 livres, que les nommés Fournier, de Paris; Jean et Paul Langlois frères, de Lyon, fournissent seuls. Un quatrième associé, le sieur de la Mare, de Lyon, doit gérer l'établissement, qui *portera le nom de manufacture de François de la Mare.* Ce dernier ne verse aucun denier et ne doit fournir que son travail industriel. Jean et Paul Langlois se chargent de faire venir de l'Italie et autres lieux, *sous leur nom,* toutes les soies qui seront nécessaires pour alimenter la fabrique; Fournier fera à Paris, *sous son nom,* la vente des produits manufacturés;... les billets seront faits au nom d'un seul associé... » (2)

M. Molinier se refuse à voir là une participation, en ce que la con-

---

(1) Voy. Pothier (*Soc.*, nº 62), Savary (*Parf. nég.*, t. I, IIᵉ part., p. 27).
(2) Voy. M. Molinier (nº 622).

vention a pour objet l'exploitation de toute une branche de l'industrie commerciale; et, tout en reconnaissant que ces accords ne constituent ni une société collective, ni une commandite, ni une société anonyme, il les déclare valables, pourvu qu'ils soient constatés par un écrit en bonne forme et qu'ils reçoivent la publicité prescrite par la loi. Mais en présence de l'art. 50 du Code de commerce, cette exigence de l'écrit et de la publicité est sans fondement pour une association où chacun des associés agissant en son nom n'oblige que lui-même, et dans laquelle, par conséquent, s'il peut y avoir des créanciers personnels des associés, il n'y a pas des créanciers sociaux proprement dits. Cette société, qui, de l'aveu de l'auteur, n'est ni collective, ni en commandite, ni anonyme, ne peut, en tant que société, être qu'une participation; et c'est, en effet, une participation ayant pour objet l'acquisition des matières premières, leur fabrication, et la revente des matières fabriquées dans des lieux différents.

On peut citer de même l'espèce dans laquelle est intervenu l'arrêt ci-dessus apprécié de la Cour de Rennes, et dans laquelle on voit chacun des participants agissant de son côté, sans que pourtant ses agissements tendent vers le but autrement que par la mise en commun des bénéfices réalisés avec les moyens mis en ses mains par l'association (1).

1828. Enfin, prenant la participation au point de vue des droits qu'elle confère sur le fonds commun, on trouve des situations qui varient suivant que chaque associé garde la propriété de sa mise, que les apports deviennent la propriété par indivis des participants, ou qu'un seul, le gérant, en est propriétaire.

III. — 1829. *Obligations et droits des associés considérés dans leurs rapports les uns avec les autres.* De même que dans les sociétés civiles, les associés, dans la participation, ont pour première obligation les uns envers les autres d'effectuer leurs apports et de garantir la société contre toute éviction. Tout ce qui a été dit à ce propos dans le Commentaire des Sociétés civiles (*suprà,* n°s 251 et suiv.) trouve ici son application. Il est certain également que, conformément à l'art. 1850 du Code civil, chaque participant répondrait envers la société du dommage qu'il lui aurait causé par sa faute, et qu'il est soumis à la règle suivant laquelle chaque associé est tenu de contribuer aux pertes en proportion de ce qu'il prendrait dans les bénéfices, s'il y en avait (art. 1853 C. civ.). Seulement, on le sait, rien ne s'oppose à ce que la perte soit limitée au montant de l'apport (*suprà,* n° 1824).

1830. Mais quelle est l'obligation des associés au point de vue des risques? A cet égard, des hypothèses diverses sont à préciser.

Et d'abord, il y a eu communication des apports, et tous les associés en sont copropriétaires par indivis (*suprà,* n°s 1776 et suiv.) : en ce cas, la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de tous les associés; et chacun d'eux continuera de prendre part aux bénéfices

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de Rennes du 28 janvier 1856, cité *suprà,* n° 1789.

lans la proportion primitivement fixée, sans excepter ceux dont l'ap-
›ort mis en commun aurait péri en partie ou même en totalité depuis
a formation de la société. C'est l'application pure et simple de la règle
Res perit domino, vraie surtout alors qu'on n'oppose pas le créancier
le la chose à celui qui en est propriétaire.

1831. Autre hypothèse : les choses qui ont péri, bien qu'achetées
n réalité pour le compte de la société, avaient été acquises au nom
lu gérant et sont devenues sa propriété exclusive : à qui incombera le
isque? Pour saisir l'intérêt et la difficulté de la question, posons une
spèce qui se produit fréquemment dans la pratique. Paul, commer-
ant, forme avec Pierre une participation; il est convenu que le pre-
nier *achètera* à frais communs une certaine quantité de marchandises,
lont il sera réputé seul propriétaire, et qu'il revendra *sous son nom,* à
harge de rendre compte au second et de le faire participer aux résultats
le l'opération : les marchandises sont achetées, et avant que la revente
n soit opérée, elles ont péri par cas fortuit : Paul devra-t-il supporter
es risques à lui seul, et sera-t-il privé de tout recours contre Pierre?
MM. Delamarre et le Poitvin se prononcent pour l'affirmative. Ils sup-
posent qu'un négociant de Bordeaux, voulant acheter un *parti de café,*
propose l'affaire à un négociant de Bayonne, dont la réponse est qu'il
accepte l'affaire pour un tiers, et qu'il entrera dans cette proportion
pour les profits et les pertes. Là-dessus, le négociant de Bordeaux
achète les marchandises en son nom moyennant 60 000 francs. « Deux
heures après la livraison, disent MM. Delamarre et le Poitvin (1), les
cafés ont péri par le feu du ciel, et voici le participant de Bordeaux qui
vient demander le montant de ses avances, soit 20 000 francs, pensant
que cela va sans dire. Mais le participant inactif lui répond : Je sais
très-bien que vous n'avez acheté et payé pour vous-même que les deux
tiers des cafés, et que l'autre tiers vous ne l'avez acheté et payé, de
votre argent, que pour moi, par mon ordre; mais il ne s'ensuit pas que
je vous doive un centime. — La raison en est claire : vous ne m'avez
associé à l'opération que pour en partager les gains et les pertes, et
non pour m'en communiquer la propriété même. Or, à Dieu ne plaise
que je veuille *vous enlever le domaine de votre chose!* Cependant, que
je vous rembourse un tiers du prix d'achat, et j'entre pour un tiers
dans le cas fortuit, ce qui ne doit pas être, car *Res perit domino.* D'un
autre côté, des cafés qui ont péri ne sauraient donner lieu ni à pertes,
ni à profits, ni à aucun compte. Vous voyez donc que mon débit de
20 000 francs chez vous se solde par zéro. »

Nous ne saurions admettre ni ce raisonnement, ni cette solution,
dont la conséquence serait, en définitive, de laisser au négociant de
Bayonne toutes les chances heureuses de l'opération, en le mettant à
l'abri des chances défavorables qui en sont la contre-partie. Et, en
ceci, nous ne perdons pas de vue ce que nous avons dit dans notre
Commentaire des Sociétés civiles, à savoir, que *les risques,* sous notre

(1) Voy. MM. Delamarre et le Poitvin (t. VI, n° 98).

législation, *sont, en principe, attachés à la propriété* (*suprà*, n° 367). En effet, s'il en est ainsi, c'est lorsque les parties n'ont pas entendu qu'il en fût autrement : car elles sont libres de déroger aux règles générales par leurs conventions particulières. Or, dans notre espèce, elles sont convenues implicitement de supporter les risques en commun, puisqu'elles ont entendu partager les chances heureuses ou malheureuses de l'opération, et, par conséquent, celles qui résultent d'une perte par suite d'un cas fortuit, comme celles qui résultent d'une revente dans de mauvaises conditions. La circonstance que la revente n'a pas été possible ne fait pas que la participation n'ait point existé; et, par suite, elle ne saurait supprimer, lorsque la participation finit avec ce qui en était l'objet, la nécessité d'établir un compte qui se solde par une perte. Notons, d'ailleurs, que si, dans le cas supposé, le gérant est seul propriétaire, ce n'est nullement dans son intérêt exclusif; c'est parce que l'association s'identifie, pour ainsi dire, avec sa personne. Il ne serait donc pas juste de lui opposer la règle *Res perit domino,* établie en vue de situations toutes différentes, et de lui faire supporter une *perte qui, provenant des risques inséparables de l'opération pour laquelle on s'est associé,* doit, en vertu de l'art. 1852 du Code civil, être supportée par tous les associés.

1832. Troisième hypothèse : la perte fortuite a détruit une chose apportée à la société par un associé qui avait entendu en rester propriétaire, bien qu'elle fût destinée à être vendue pour le compte de la participation. Si la chose avait été mise dans la société sans cette indication précise que le participant en veut rester propriétaire, la perte fortuite serait incontestablement pour le compte de la société. C'est la disposition formelle de l'art. 1851 du Code civil, aux termes duquel « si les choses dont la jouissance a été mise dans la société se consomment, si elles se détériorent en les gardant, *si elles ont été destinées à être vendues... elles sont aux risques de la société.* » Ces choses, comme nous l'expliquons sur cet article (*suprà*, n°s 396 et suiv.), étant destinées à être vendues, leur destination même implique, et nécessairement, l'idée que la société en devient propriétaire, puisque c'est à elle désormais qu'il appartiendra de les vendre, c'est-à-dire d'en disposer suivant leur destination.

Mais ce transport, cette cession de la propriété à la société, ne peut pas être présumée dans notre hypothèse, puisque, précisément, l'associé de qui vient l'apport a entendu rester propriétaire de sa chose. L'art. 1851 ne saurait donc être applicable dans ses termes. Est-ce à dire que la perte fortuite sera nécessairement et toujours pour le compte de l'associé? Non : il faut distinguer. Ainsi, par hypothèse, il y a participation entre Paul, négociant de Marseille, et Pierre, négociant à Paris; la participation porte sur des marchandises appartenant au premier, qui entend en rester propriétaire, et qui en devra faire l'envoi au second, dont la mission est de les revendre à Paris pour le compte de la participation. Nous disons, avec M. Molinier, que la perte fortuite de ces marchandises sera pour Paul, qui a retenu la propriété, s'il est

avéré que les marchandises eussent péri quand bien même il n'y aurait pas eu d'association en participation, et qu'elle sera pour les deux participants, pour Paul et pour Pierre, si la perte provient des risques inséparables de l'opération en vue de laquelle la participation a été formée, par exemple si le cas fortuit ou l'accident de force majeure s'est produit pendant que les marchandises étaient en cours de voyage de Marseille à Paris (1). Dans le premier cas, on dira, par une saine interprétation de la volonté des parties, que celui-là a naturellement entendu prendre les risques à sa charge qui a voulu être et rester propriétaire : sa responsabilité exclusive ne sera que la juste application de la règle *Res perit domino*. Dans le second cas, la participation étant la cause occasionnelle de la perte, puisque c'est elle qui a mis Paul dans la nécessité de faire transporter ses marchandises de Marseille à Paris, la répartition entre les deux participants du préjudice résultant de cette perte est une nécessité d'équité en même temps qu'elle est une application de ce même art. 1852, que nous avons invoqué dans l'hypothèse précédente. « S'il n'en était pas ainsi, dit exactement M. Molinier, les chances ne seraient pas égales; celui qui apporterait ou achèterait en son nom des marchandises subirait seul des risques, en retour desquels il n'obtiendrait aucun équivalent. »

1833. Ces hypothèses diverses, auxquelles, d'ailleurs, seraient aisément ramenés tous les cas qui peuvent se présenter, suffisent à indiquer comment et suivant quels principes devraient, selon nous, être résolues les difficultés inhérentes à la grave question des risques. Ajoutons seulement que les associés sont libres de déroger à ces règles, puisqu'elles ont toutes pour base leur volonté présumée, et se résument, en définitive, en une simple interprétation de cette volonté. Ainsi, il n'y aurait nul obstacle à ce que les participants convinssent, par exemple, que, même expédiées pour le compte de la participation, les marchandises voyageraient aux risques de l'associé qui a entendu en conserver la propriété. Une pareille convention, dit encore M. Molinier, « ne violerait pas les dispositions de l'art. 1855, qui ne permettent pas d'affranchir la mise de l'un des associés de toute contribution aux pertes, puisque les participants supporteraient encore celles qui résulteraient de toute autre cause que d'un cas fortuit », d'une vente désavantageuse, par exemple. Et l'auteur cite à l'appui l'avis de Straccha, qui, après avoir dit qu'en général la perte des marchandises arrivée par un cas fortuit regarde tous les associés, ajoute : *Attamen quando unus sociorum ex pacto expresso sumpsit in se casus fortuitos, tale pactum servandum est* (2).

IV. — 1834. Après les obligations, arrivons aux droits que les associés peuvent avoir les uns contre les autres dans la participation. Le droit principal et le plus important est celui qui appartient à chacun d'eux de réclamer sa part dans les bénéfices. Quant à la détermination

(1) Voy. M. Molinier (n° 608).
(2) *Id.* (n° 609).

de cette part, nous renvoyons aux règles du droit commun expliquées dans notre commentaire des art. 1853 et 1854 du Code civil (*suprà*, nos 428 et suiv.).

1835. Mais une question s'est élevée, celle de savoir si les participants doivent attendre la fin de la participation pour réclamer le partage des bénéfices réalisés, et s'ils peuvent être contraints par le gérant à contribuer aux pertes avant cette époque; en d'autres termes, si le règlement des bénéfices et des pertes peut être ajourné jusqu'au jour où, le terme assigné à l'association étant expiré, il devra être procédé à la liquidation. D'après une consultation délibérée par M. Philippe Dupin, le règlement pourrait, devrait même, être ajourné jusque-là, nul compte ne pouvant être établi tant que l'association n'est pas arrivée à sa fin. Toutefois, cette solution, que l'on conçoit en tant que la participation aurait pour objet une opération unique et de peu de durée, est inadmissible eu égard à des associations formées pour plusieurs années et embrassant une suite d'opérations. La Cour de Rouen, qui a statué en ce sens par adoption des motifs d'une sentence arbitrale, en a donné les raisons décisives. « La participation, a-t-elle dit, sauf les dispositions des art. 49 et 50 du Code de commerce, reste soumise à toutes les prescriptions résultant des principes généraux du droit sur les sociétés, toutes les fois que la convention ou l'usage n'y a pas dérogé. Il est de principe comme d'usage, dans les sociétés commerciales, que les bénéfices ou les pertes constatés par les inventaires se répartissent chaque année entre les associés. Si la participation relative à une opération unique, momentanée, implique d'ordinaire, pour les participants, l'obligation de ne se faire compte qu'après la liquidation de l'affaire, cette exception, qui se justifie par la nature du compte à demi, ne peut être invoquée avec raison lorsqu'il s'agit d'opérations répétées pendant le cours de plusieurs années. S'il est rationnel d'attendre le résultat d'une affaire pour en partager les bénéfices et les pertes, il est aussi d'une nécessité impérieuse que les associés, dans des opérations de la nature et de l'importance de celle dont il s'agit, se tiennent réciproquement compte à des époques déterminées soit par la convention, soit par l'usage, des résultats accomplis. Dès que la loi et la jurisprudence reconnaissent la validité de participations aussi considérables, il faut bien les admettre avec toutes les conséquences que commandent les nécessités du commerce. Renvoyer le remboursement des pertes à l'époque de la liquidation serait opérer contrairement à tous les errements suivis, contrairement à la prudence la plus vulgaire, et faire supporter souvent à l'un des associés un découvert qui doit peser sur tous. » (1)

1836. Chacun des participants, d'un autre côté, a le droit de répéter, avec intérêts à dater du jour du payement, toutes les sommes qu'il aurait déboursées pour le compte de la participation; et, comme nous

---

(1) Rouen, 31 juill. 1845 (Dall., 46, 2, 6; *J. Pal.*, 1846, t. I, p. 329). — *Junge*: MM. Bédarride (no 467), Alauzet (no 412), Dalloz (*Rép.*, vo Société, no 1651).

venons de l'établir, il peut se faire indemniser des engagements qu'il aurait contractés dans l'intérêt commun, ainsi que des pertes qu'il aurait éprouvées par suite de risques inséparables de sa gestion (art. 1852 C. civ.).

1837. Dans tous ces cas et dans tous ceux où l'un des associés a un recours à exercer contre ses coparticipants, il ne pourrait pas exciper de l'art. 2002, qui donne l'action solidaire au mandataire constitué pour une affaire commune; car, dans ses rapports avec ses coassociés, il est régi uniquement par le contrat de société; c'est seulement vis-à-vis des tiers qu'il pourrait être considéré comme mandataire de ces derniers. Il ne saurait donc agir contre chacun que proportionnellement à sa part dans les pertes. Et si l'un d'eux avait limité ses risques à une somme déterminée ou au montant des apports qu'il avait promis d'effectuer, le recours ne pourrait être exercé contre lui que dans la mesure fixée, sauf, en cas d'insuffisance, répartition du surplus entre les autres coparticipants. Ainsi, il a été formé entre Primus, Secundus, Tertius et Quartus, une association dans laquelle les pertes seront supportées : par Primus, pour un quart ou deux huitièmes; par Secundus, pour un huitième; par Tertius, pour trois huitièmes, et par Quartus, pour les deux derniers huitièmes; mais celui-ci a limité sa part dans les pertes à une somme de 20 000 francs. En supposant Primus créancier envers la participation de 100 000 francs, il faudrait dire, si l'on ne tenait pas compte de la limitation stipulée par Quartus, que Primus, tenu lui-même jusqu'à concurrence du quart, soit 25 000 francs, aurait à réclamer 12 500 francs à Secundus, tenu pour un huitième; 37 500 francs à Tertius, obligé jusqu'à concurrence des trois huitièmes, et 25 000 francs à Quartus, tenu pour un quart ou deux huitièmes. Mais ce dernier ne peut, aux termes de la convention, être poursuivi que jusqu'à concurrence de 20 000 francs; il reste donc 5 000 francs à répartir entre les autres et à supporter par eux proportionnellement à leur part respective dans les dettes, c'est-à-dire deux sixièmes ou un tiers, soit 1 666 fr. 67 cent., pour Primus; un sixième, soit 833 fr. 33 cent., pour Secundus, et trois sixièmes, soit 2 500 francs, pour Tertius. En sorte que Primus, créancier de 100 000 francs, et tenu lui-même pour deux huitièmes, supportera dans la dette de la participation 25 000 francs, plus 1 666 fr. 67 cent.; au total, 26 666 fr. 67 cent., et réclamera : à Secundus, 12 500 francs, plus 833 fr. 33 cent., au total, 13 333 fr. 33 cent.; à Tertius, 37 500 francs, plus 2 500 francs, au total, 40 000 francs, et à Quartus, 20 000 francs.

1838. Que si l'un des participants était insolvable, les conséquences de l'insolvabilité pèseraient sur ses coparticipants solvables, d'après le calcul qui vient d'être fait pour la répartition des 5 000 francs, qui, dans l'hypothèse précédente, ne pouvaient être réclamés à celui des associés qui avait limité ses risques (1). Toutefois, ce serait seulement dans le cas d'une véritable association en participation formée entre associés

(1) Voy. Req., 29 mai 1845 (Dall., 45, 1, 349; S.-V., 45, 1, 519).

ayant tous traité ensemble. Il en serait autrement si un commerçant, par exemple, s'étant associé des participants pour l'exploitation de son commerce, n'avait établi avec eux que des rapports séparés et individuels; il aurait à supporter seul la perte résultant de l'insolvabilité des participants qu'il se serait associés : les autres, en effet, ne sont nullement les associés des insolvables, puisque, dans cette hypothèse, il y a, nous l'avons dit plus haut (nº 1780), autant de sociétés distinctes que de participants. Ainsi, Paul, intéresse, dans l'armement de l'un de ses navires, Primus pour un quart; puis il traite isolément avec Secundus, qu'il intéresse pour un autre quart, et enfin avec Tertius, pour un dernier quart. Primus, Secundus et Tertius ne seront nullement associés entre eux, puisqu'ils n'ont pas contracté ensemble; et, survenant l'insolvabilité de l'un ou de l'autre, Paul seul aura à en supporter les conséquences (1).

V. — 1839. *Des droits des associés dans le fonds social.* La question ici est de savoir si les associés sont à considérer comme copropriétaires du fonds appartenant à la société. Et, comme nous l'avons vu plus haut, c'est là une question d'intention (*suprà,* nº 1778), et qui, dès lors, se résoudra diversement suivant les hypothèses. Que si les parties n'ont pas manifesté leur intention à cet égard, on devra, en général, ne pas supposer l'existence d'un droit de copropriété sur les choses appartenant à la participation. Ainsi, il s'agit de l'une de ces associations dans lesquelles un seul des associés, le gérant, est le maître de toute l'opération; il est naturel de supposer que ses coparticipants ont entendu lui confier un droit de propriété plein et entier sur leurs apports, puisqu'ils lui ont abandonné complétement la direction de l'affaire, ont suivi sa foi, et n'ont eu en vue que le partage des bénéfices à provenir de l'opération. Ainsi encore, la participation établie est l'une de celles dans lesquelles un des participants achète pour son compte et de ses deniers des marchandises qu'il expédie ensuite à un participant qui les doit revendre : on supposera naturellement que, pour ne pas avoir à subir les conséquences de l'insolvabilité de ce participant, le premier s'est réservé la propriété des marchandises entrées de son chef dans l'association.

Ce sont les hypothèses dans lesquelles se résument les combinaisons les plus fréquentes de la participation; et c'est pourquoi nous disons que le droit de copropriété ne doit pas, en général, être supposé, s'il n'a pas été stipulé par les intéressés.

1840. Mais pourtant il en est d'autres dans lesquelles on sera porté, au contraire, à considérer les associés comme copropriétaires. Par exemple, dans une participation ayant pour objet d'acheter pour vendre, il a été, dès le principe, et avant le commencement des opérations, constitué un fonds commun destiné à pourvoir à tous les frais d'acquisition : on admettra volontiers que le coparticipant acheteur soit considéré comme achetant tant pour son compte que pour le compte

(1) Voy. M. Molinier (nºs 612 et 613).

de ses coparticipants. Et la supposition, croyons-nous, devra être la même dans l'espèce prévue par Pothier, où chacun des participants s'oblige à partager avec ses coassociés ce qu'il a acheté en son nom dans une foire ou un marché.

1841. Précisons maintenant l'intérêt de la question. Sans parler des risques à propos desquels on a vu cet intérêt apparaître (*suprà*, n°s 1830 et suiv.), il se révèle, et principalement si l'un des participants vient à tomber en faillite. En effet, est-il à considérer comme seul propriétaire des choses qu'il a en sa possession, ses associés n'auront contre la masse aucun droit de revendication sur les objets spécialement destinés à l'entreprise sociale. Au contraire, sont-ils tous copropriétaires de ces objets, les coparticipants du failli pourront revendiquer pour partie. Enfin, chacun des associés reste-t-il propriétaire de ses apports, même après qu'il s'en est dessaisi, il pourra, en ayant gardé la propriété, revendiquer en totalité contre les créanciers du coparticipant failli qui serait en possession.

De même quant aux actes de disposition dont auraient été l'objet les choses destinées à l'entreprise sociale. Seront inattaquables les aliénations opérées par l'associé propriétaire, l'acte fût-il contraire aux intérêts sociaux, par exemple s'il avait été disposé à titre gratuit de marchandises destinées à être vendues pour la participation. Mais s'ils ne sont pas propriétaires du tout, les actes d'aliénation ne seront valables qu'autant qu'ils auront été faits conformément au mandat des coparticipants. Enfin, s'ils sont tous copropriétaires, ils ne disposeront valablement de leurs parts indivises que sauf les restrictions indiquées dans notre commentaire de l'art. 1860 (*suprà*, n°s 587 et suiv.), et nul ne disposera valablement de la totalité sans le pouvoir de ses coassociés.

VI. — 1842. *Administration*. Dans les participations, l'administration appartiendra le plus souvent à un seul des participants; elle pourra parfois être divisée entre plusieurs; mais elle ne sera jamais commune aux divers associés, sans quoi il y aurait une immixtion constante de tous les participants, ce qui répugne à la nature de la participation.

Dans le cas où l'administration est divisée, chacun des gérants a la direction à lui seul d'une série d'opérations qu'il gère vis-à-vis des tiers comme s'il agissait pour son compte personnel : nous n'avons plus à insister sur cette règle dont les applications ont été déjà indiquées (*suprà*, n°s 1826 et suiv.).

1843. Vis-à-vis des associés, le gérant est un mandataire; mais c'est un mandataire irrévocable. L'administration ne pouvant être indivise ou commune, il est dans la nature même des choses qu'elle soit, dès la formation même de la participation, confiée à un seul ou remise à plusieurs associés. Il en résulte que les gérants nommés sont des gérants statutaires dont la révocation ne peut être demandée sans cause légitime tant que dure la société (C. civ., art. 1856). Et même dans ce cas de la cause légitime, c'est-à-dire le dol ou la faute lourde, ce qu'on demandera en réalité, ce sera moins la révocation des gérants

que la dissolution de la société, par application de l'art. 1871 du Code civil. Et, en effet, supposons une participation ayant pour objet l'exploitation d'un fonds de commerce appartenant à l'un des associés, qui continue de l'exploiter en son nom; le cas de dol échéant, on comprend que les coassociés demandent la dissolution; on ne voit pas comment ils pourraient révoquer le gérant et le remplacer par un autre.

1844. En général, les pouvoirs du gérant seront très-étendus, surtout s'il s'agit d'un gérant chargé seul de diriger les opérations de la participation et de la représenter dans ses rapports avec les tiers. Il pourra, en conséquence, aliéner, hypothéquer les objets qu'il détient et les donner en gage, sans que personne y puisse faire obstacle. Il pourra céder les créances ayant une cause sociale, et endosser les billets souscrits au profit de la participation.

1845. Cependant, quelque étendus qu'ils soient, les pouvoirs du gérant comportent certaines restrictions. Il y a d'abord celles qui s'imposent à lui par la nécessité d'agir de bonne foi. De plus, il est certain qu'il ne pourrait pas disposer à titre gratuit des choses de la participation : la donation répugne à l'idée de commercialité dans laquelle se meut nécessairement l'association tout entière; par cela même, le gérant ne saurait se croire investi par ses associés du pouvoir de donner. — Enfin, à ces restrictions qui résultent de la nature même des choses, la convention en peut ajouter d'autres qui alors seront expressément précisées.

En toute hypothèse où il aurait dépassé ses pouvoirs, le gérant serait responsable vis-à-vis de ses coassociés. Mais les actes par lui faits ne seraient pas nécessairement annulables : il peut être propriétaire en même temps que gérant, et, comme nous l'expliquions tout à l'heure (*suprà*, n° 1841), il aurait alors dans sa condition même un droit de disposition qu'il ne trouve pas dans le mandat dont il est investi comme gérant.

1846. A ce titre de gérant, il représente ses coassociés en justice dans les actions ou contestations ayant trait aux opérations sociales. Les participants ne pourraient donc pas former tierce-opposition aux jugements rendus contre lui (art. 474 C. proc.), ni intervenir sur l'appel formé contre ces jugements (art. 466 même code). Il faudrait, pour qu'ils eussent le droit de recourir à la voie de la tierce-opposition, que le gérant eût colludé avec les tiers.

1847. Les pouvoirs du gérant ne cessent pas avec la participation; ils subsistent encore, après la dissolution, pour la liquidation des opérations de la gestion. Toutefois, ceci se rattache au titre suivant, qui a pour objet la dissolution, la liquidation et le partage des sociétés.

1848. Les associés autres que le gérant doivent, en principe, nous l'avons établi, rester étrangers à la gestion. Mais rien ne s'oppose à ce qu'ils agissent comme mandataires du gérant. Ce n'est nullement incompatible avec la nature même de la participation; et, d'un autre côté, la disposition de l'art. 27 du Code de commerce par laquelle il est défendu à l'associé commanditaire de faire aucun acte de gestion,

même en vertu d'une procuration, ne saurait être étendue à notre cas. La crainte que les tiers ne confondissent le commanditaire avec l'associé en nom a inspiré cette disposition. Or, ce danger n'existe pas dans la participation : les tiers ne connaissent ni les participants, ni la participation ; ils ne verront et ne pourront jamais voir qu'un simple mandataire dans celui qui agit au nom du gérant.

1849. De même, s'ils ne doivent pas s'immiscer dans la gestion, les participants peuvent au moins surveiller les opérations du gérant. Bien qu'en s'en remettant à sa foi ils se soient, en général, enlevé la faculté de critiquer ses actes, ils ont assurément un intérêt, qu'on ne saurait méconnaître, à s'assurer que tout se passe régulièrement et qu'il n'est fait rien en fraude de leurs droits (1). Mais pourraient-ils s'opposer à l'accomplissement de certains actes par le gérant (art. 1859 C. civ.)? Non, assurément, dans les associations où il y a un gérant unique : il est conforme aux traditions commerciales de lui laisser la plus grande liberté d'action, sans quoi il lui serait difficile, sinon impossible, de mener à bonne fin les opérations qui exigent de la résolution et de la promptitude dans le jugement. Mais on peut concevoir des doutes en ce qui concerne les participations qui ont plusieurs gérants ; par exemple, l'un préposé à l'achat, un autre à la fabrication, un troisième à la vente. Les parties, si elles veulent se réserver le droit de s'opposer à certaines opérations, agiront avec prudence en le disant expressément.

VII. — 1850. *Rapports des associés avec les tiers*. La société en participation n'ayant pas d'existence à l'égard des tiers, et le gérant agissant en son nom personnel, ceux qui ont contracté avec celui-ci l'ont pour seul obligé, et ne peuvent agir contre ses coparticipants ni par la voie solidaire, ni par la voie conjointe. Les tiers, en un mot, n'ont aucune action directe contre les participants inactifs, et ne peuvent agir contre eux que par la voie oblique (art. 1166 C. civ.), en invoquant les obligations qui leur incombent à l'égard du gérant. C'est un point établi plus haut (n° 1792) et sur lequel nous n'avons pas à insister (2).

1851. Mais, si générale qu'elle soit, la règle n'est pas sans quelques exceptions, qui, néanmoins, sont plus apparentes que réelles.

Ainsi, les coparticipants pourront être poursuivis solidairement lorsque, par leur immixtion imprudente dans les affaires sociales, ils auront donné le change aux tiers sur la nature de l'association qui les unissait (*suprà*, nos 1797 et suiv.) ; mais, dans ce cas, nous l'avons dit, les tiers invoqueront moins l'existence de la société que la faute à laquelle elle a donné lieu, et fonderont leur action, en réalité, sur le quasi-délit commis à leur préjudice.

---

(1) Voy. l'arrêt du 3 févr. 1848, cité plus haut sous les nos 1796 et 1799.

(2) Jugé que si le tiers qui n'a traité qu'avec l'un des membres d'une société en participation n'a pas d'action directe contre les autres associés, l'associé avec qui le tiers a traité peut contraindre ses coparticipants à lui fournir, conformément aux conventions arrêtées entre eux, les sommes nécessaires pour l'acquittement des obligations par lui contractées. Aix, 16 mai 1868 (Dall., 70, 2, 48; S.-V., 70, 2, 332; *J. Pal.*, 1870, p. 1199).

Ainsi encore, il peut arriver que les participants se portent cautions du gérant dans une affaire spéciale, afin d'augmenter son crédit. Alors, sans doute, naîtra une action directe des tiers contre eux. Toutefois, cette action prendra sa source non dans le contrat de société, mais dans la convention spéciale qui a donné lieu au cautionnement.

Pareillement, les participants pourront s'obliger solidairement s'ils sont forcés de réunir leur crédit pour mener à bien une opération dépendant de la participation, par exemple un emprunt qui leur est nécessaire : l'action solidaire du prêteur naîtra alors de la convention. D'ailleurs, ce ne serait pas là un de ces actes d'immixtion susceptibles de tromper les tiers, l'engagement solidaire ne supposant pas nécessairement l'existence d'une société entre les parties qui figurent à l'acte.

1852. Dans le même ordre d'idées, on admettra que le gérant puisse, en vertu d'un mandat spécial, obliger ses coparticipants en contractant en leur nom. Toutefois, le fait ne devrait pas dégénérer en habitude, car, répété, il pourrait induire à supposer l'existence d'une société en nom collectif.

Mais que décider si, en présence d'une opération avantageuse et urgente, le gérant, qui ne peut la faire en son nom seul, indique sa véritable situation au tiers avec lequel il traite, et contracte tant en son nom qu'au nom de ses coassociés? Les participants pourraient être obligés, en cette hypothèse, mais jusqu'à concurrence du profit qu'ils auront tiré de cet engagement (art. 1864 C. civ.) (1); c'est l'application pure et simple des principes de la gestion d'affaires, et cela seul suffit à justifier la solution. En ce cas, du reste, les tiers ne pourront agir contre les associés que dans la proportion de l'intérêt de ceux-ci dans l'association, puisque c'est dans cette proportion seulement qu'ils auront profité de l'engagement pris en leur nom : nous appliquons, en un mot, les règles posées à propos des sociétés civiles (*suprà,* n° 618).

1853. Mais ici se présente la question, déjà indiquée dans le commentaire des art. 1862 et suivants du Code civil (nos 666 et suiv.), de savoir si les créanciers de la participation ont un droit de préférence sur les choses qui appartiennent à l'association. Seulement, la thèse posée (*loc. cit.*) comporte, dans la matière actuelle, des distinctions qui tiennent à la situation des associés eu égard à la propriété du fonds de la participation.

Ainsi, le gérant est-il seul propriétaire de toutes les choses qui appartiennent à la participation, ces choses, faisant partie de son patrimoine, sont, comme ses autres biens, le gage commun de tous ses créanciers indistinctement. Tous, dès lors, créanciers personnels aussi bien que créanciers sociaux, seront à droit égal sur les choses de la participation; et ils pourront même, si elles ne suffisaient pas à les désintéresser, venir à contribution sur les prix qui n'auraient été ni payés, ni réglés, ni compensés (arg. *à contrario* de l'art. 575 C. comm.).

Au contraire, les biens de la participation appartiennent-ils en co-

(1) *Comp.* Alger, 10 juin 1871 (Dall., 72, 2, 207).

propriété à tous les associés, la situation pour les créanciers sera la même que dans la société civile et par les mêmes motifs; les créanciers de la participation seront donc préférables, sur le fonds social et sur l'ensemble des biens dont ce fonds se compose, aux créanciers personnels des associés (*suprà,* n° 666) (1).

Enfin, chacun des associés a-t-il conservé la propriété de ses apports, ces apports seront alors, au même titre, le gage commun de tous les créanciers, sociaux ou extra-sociaux, de l'associé qui en a gardé la propriété. L'associé disposerait valablement des apports dont il a gardé la propriété (*suprà,* n° 1841). Or, s'il en peut disposer, il peut par cela même les engager vis-à-vis de ses créanciers personnels.

1854. Cela dit des droits des tiers, voyons quels peuvent être les droits des associés vis-à-vis de ceux-ci. En règle générale, la participation étant sans existence à leur égard, on peut dire qu'ils ne seront obligés que vis-à-vis du gérant, avec lequel ils ont contracté. Toutefois, la règle comporte une notable dérogation. Elle a trait au cas où le gérant, bien qu'agissant en son nom, a rempli en réalité les fonctions d'un commissionnaire.

Ainsi, Paul a formé une participation avec Pierre; il doit acheter en son nom des marchandises que ce dernier se charge de revendre lorsqu'elles lui auront été expédiées : il est convenu que Paul restera propriétaire de ses marchandises malgré son dessaisissement, et que les bénéfices à provenir de la revente seront partagés entre eux. Les marchandises sont expédiées à Pierre, qui en opère la vente, et tombe ensuite en faillite avant d'avoir reçu le prix. Dans cette situation, Paul pourra exercer contre l'acheteur l'action en payement à son profit exclusif, et par préférence aux autres créanciers du failli, jusqu'à concurrence de ce qui devait lui revenir sur ce prix, ou, si l'on aime mieux, de ce qu'il pourrait obtenir par l'action oblique s'il n'était pas en présence de créanciers ayant le droit de venir par contribution avec lui. Et, en effet, Pierre, en vendant sous son nom des marchandises qui ne lui appartenaient pas, n'a pu évidemment agir qu'en qualité de commissionnaire; d'où suit que, dans ses rapports avec les tiers, Paul doit être traité comme un commettant ordinaire. Or, nous adhérons complétement à l'avis des auteurs d'après lesquels le commettant a, par application de l'art. 575 du Code de commerce, une action directe contre les tiers (2).

Et, pour fixer le seul point qui pourra être mis en question, précisons que le gérant devra être considéré comme un commissiomaire toutes les fois qu'il aura vendu sous son nom des choses qui, destinées à être vendues dans l'intérêt de la participation, appartenaient en copropriété à tous les participants ou en propriété à l'un d'eux : seul, en

(1) *Comp.* Cass., 17 août 1864 (S.-V., 65, 1, 183; *J. Pal.*, 1865, p. 419; Dall., 65, 1, 302).
(2) Voy. MM. Delamarre et le Poitvin (t. III, n°s 213 et suiv.), Bravard (t. II, p. 275 et 276).

effet, un commissionnaire peut vendre, en son nom, des choses qui ne lui appartiennent pas exclusivement.

VIII. — 1855. Après avoir dit comment s'établit l'association en participation et comment elle fonctionne, il nous resterait, pour compléter notre étude, à dire comment elle peut prendre fin et comment les résultats en doivent être réglés entre les intéressés. Mais nous renvoyons, pour ce point et pour les questions qui s'y rattachent, au titre suivant, lequel a pour objet la dissolution, la liquidation et le partage quant aux sociétés commerciales.

CHAPITRE VI

DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES.

SOMMAIRE.

I. 1856. Ce qu'il faut entendre par sociétés étrangères; caractères auxquels on les doit reconnaître; leur condition légale en France. — 1857. Jusqu'à la loi du 30 mai 1857, il était admis sans difficulté, quant aux sociétés de personnes correspondant à nos sociétés collective et en commandite, que, constituées selon la loi de leur pays, elles pouvaient, en leur qualité de personne morale, agir et contracter en France au même titre que les personnes physiques. — 1858. *Quid* en ce qui concerne les sociétés de capitaux, spécialement les sociétés anonymes? Dissentiment à leur égard et opposition entre l'administration et la jurisprudence. — 1859. La loi précitée du 30 mai 1857 a consacré finalement l'Avis de l'administration qui refusait aux sociétés anonymes étrangères la faculté d'agir et d'ester en justice en France sans l'autorisation du gouvernement français : historique de la loi; circonstances qui l'ont rendue nécessaire. — 1860. Texte de la loi et division.

II. 1861. *Objet de la loi.* Elle habilite directement les sociétés belges et confère au gouvernement le droit d'habiliter les sociétés des autres pays à exercer tous leurs droits en France et à y ester en justice. — 1862. L'autorisation qui habilite ces sociétés est accordée administrativement par décret rendu en conseil d'État; mais elle peut l'être aussi diplomatiquement par voie de traité. — 1863. Caractères de cette autorisation. — 1864. Elle peut être donnée sans condition de réciprocité.

III. 1865. *A quelles sociétés s'impose la nécessité de l'autorisation.* Les sociétés collective et en commandite par intérêt en restent toujours affranchies et continuent à pouvoir agir librement en France. — 1866. La loi vise spécialement, d'abord les sociétés anonymes. — 1867. La nécessité de l'autorisation subsiste à leur égard nonobstant l'abrogation par la loi du 24 juillet 1867 de l'art. 37 du Code de commerce. — 1868. La loi vise ensuite les sociétés étrangères, qui, sans être anonymes, sont soumises, dans leur pays, à l'autorisation de leur gouvernement : application aux sociétés en commandite par actions; distinction. — 1869. Résumé et transition.

IV. 1870. *Condition des sociétés qui, soumises à la nécessité de l'autorisation, ne sont pas autorisées.* Elles sont réputées sans existence en France et n'y peuvent pas faire le commerce. — 1871. Elles ne peuvent pas ester en justice comme demanderesses. — 1872. Mais elles peuvent être actionnées comme défenderesses; — 1873. Et, dans ce cas, elles peuvent appeler en cause leurs garants, — 1874. Et doivent être assignées dans la personne de leurs administrateurs.

V. 1875. *Condition des sociétés dûment autorisées ou dispensées de l'autorisation.* Elles peuvent exercer tous leurs droits en France. — 1876. Suite et applications. — 1877. Par voie de conséquence, elles pourront ester en justice devant les tribunaux français, soit en demandant, soit en défendant, pour faire respecter ces droits. — 1878. Toutefois, la loi leur impose l'obligation « de se conformer aux lois de l'empire » : limitation de cette formule. — 1879. Ainsi, elles ne sont pas soumises aux lois relatives à la constitution de nos sociétés, soit en ce qui concerne la preuve et la publicité, — 1880. Soit en ce qui concerne les

conditions de fond. *Quid* en ce qui concerne les sanctions pénales? — 1881. Mais elles sont soumises aux lois de procédure, aux lois immobilières, de police et d'ordre public. — 1882, 1883. Ainsi, elles ne peuvent pas exercer leurs droits en France ou les faire valoir en justice si elles avaient un objet que nos lois réputent illicite; applications. — 1884, 1885. Elles sont soumises, enfin, aux lois édictées pour elles ou qui les visent nommément : exemples.

I. — 1856. Les sociétés qui, constituées en pays étranger, peuvent cependant opérer en France, échappent par bien des côtés à l'empire de notre législation française. Il importe donc, avant de rechercher quelle est la condition légale de ces sociétés en France, de préciser les caractères auxquels on en peut reconnaître l'extranéité. La loi belge du 18 juillet 1873, dans laquelle une section spéciale est consacrée aux sociétés constituées en pays étranger (sect. X, art. 128, 129 et 130), explique que « toute société dont le principal établissement est en Belgique est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger. » Nous pouvons dire de même, quoique notre loi française ne s'en explique pas, que la nationalité d'une société est déterminée par le siége social ou par son siége principal si elle en a plusieurs. A défaut d'un texte précis, la raison même le dit. Ainsi, il n'y a pas à tenir compte de la nationalité des associés : l'être moral qui personnifie la société a sa nationalité propre qui ne procède en aucune façon de celle des membres qui la composent, pas plus que son patrimoine ne se confond avec le patrimoine personnel de ces derniers. Il n'y a pas à tenir compte davantage du lieu où s'est formée la convention qui lie les parties associées; cette convention peut être le résultat de souscriptions recueillies en diverses localités, et certes on ne comprendrait pas que la société eût en même temps la nationalité de chacun des souscripteurs. Donc et en définitive, c'est uniquement par le lieu où une société a son siége social ou son principal établissement que sa nationalité se trouve déterminée : le siége social, le principal établissement est-il en France, la société est française, et eût-elle été constituée dans un voyage des fondateurs à l'étranger, elle restera soumise à toutes les règles établies par notre loi française; au contraire, la société est étrangère, fût-elle constituée en France, si le siége social ou le principal établissement est en pays étranger. Quelle sera alors sa condition légale ou sa situation juridique en France? C'est ce que nous avons maintenant à indiquer.

1857. Avant la loi du 30 mai 1857, qui a statué sur ce point, la question était résolue par la théorie des statuts personnels, considérée comme applicable aux personnes morales ou fictives non moins qu'aux personnes vraies ou physiques. Et comme, d'après ces statuts, les lois personnelles régissent les personnes même en pays étranger, on en concluait que les sociétés commerciales constituées à l'étranger selon la loi de leur pays pouvaient, en leur qualité de personnes morales, exercer tous leurs droits en France et y ester en justice au même titre et sous les mêmes conditions que les personnes physiques. C'était admis sans opposition ni difficulté, au moins par rapport aux sociétés de personnes correspondant « à nos sociétés collectives, en commandite ou autres,

représentées par un ou plusieurs directeurs, gérants ou actionnaires responsables, dont elles portent le nom. » (1)

1858. En ce qui concerne les sociétés de capitaux, spécialement les sociétés anonymes, l'induction était contestable. On pouvait dire, en effet, et très-justement, que si l'étranger peut invoquer en France son statut personnel, c'est en tant que ce statut ne viole aucune disposition de nos lois que l'on puisse considérer comme édictées dans un intérêt d'ordre public. Or, n'était-ce pas une disposition d'ordre public, de sûreté générale, que celle de l'art. 37 du Code de commerce, d'après lequel la société anonyme ne pouvait exister sans l'autorisation du gouvernement? C'est incontestable, et il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux déclarations ci-dessus rappelées dont cet article a été l'objet au conseil d'État (*suprà*, n° 852). Il rentrait donc dans la catégorie de ces *lois de police et de sûreté* qui, aux termes de l'art. 3 du Code civil, *obligent tous ceux qui habitent le territoire;* et, par suite, on pouvait à juste titre prétendre que la nécessité de l'autorisation alors exigée par l'art. 37 du Code de commerce s'imposait à la société anonyme même constituée à l'étranger. Ce fut, d'ailleurs, la prétention constante de l'administration, qui, en toute circonstance où elle était appelée à se prononcer, s'attachait à maintenir son droit d'autorisation préalable (2). Néanmoins, la jurisprudence était absolument contraire; par une interprétation qui, selon l'expression de la commission du Corps législatif sur la loi de 1857, « était peut-être plus généreuse qu'exacte », elle permettait, même aux sociétés anonymes étrangères, d'invoquer leur statut personnel, et leur laissait librement ouvert l'accès des tribunaux, n'admettant pas qu'on les pût soumettre à l'autorisation du gouvernement français pour opérer en France et y ester en justice. C'est ainsi que, notamment les sociétés anonymes *belges* établies en Belgique avec l'autorisation de leur gouvernement, étaient admises à fonctionner en France et agir devant les tribunaux français.

1859. Jusqu'en 1849, la même règle était suivie en Belgique pour les sociétés anonymes établies en France avec l'autorisation du gouvernement français. On lit, en effet, dans un arrêt de la Cour de cassation de Belgique, rendu en 1847, « que l'état et la capacité des personnes sont régis par les lois du pays auquel elles appartiennent...; que ce principe s'applique aux personnes morales comme aux personnes physiques...; qu'il s'applique donc aux sociétés anonymes comme à tous les êtres moraux ayant qualité de personnes civiles; que l'art. 37 du Code de commerce n'y déroge en aucune manière, parce qu'il s'occupe uniquement des sociétés anonymes à établir en Belgique, à l'égard desquelles seulement il exige l'autorisation préalable du roi; que si le législateur avait voulu défendre aux sociétés étrangères d'opérer en Belgique, ou les soumettre à la formalité préalable d'une autorisation royale, il aurait porté une disposition expresse à ce sujet; qu'appliquer l'art. 37 à

(1) Expressions du rapport de la commission du Corps législatif sur la loi précitée (Dall., 1857, part. IV, p. 77).
(2) Voy. le rapport précité (*ibid.*, p. 76).

celles-ci serait, par une extension que cet article ne comporte pas, les obliger à se constituer, en Belgique, en sociétés nouvelles, puisque le roi n'a mission que pour autoriser de pareilles sociétés dont le siége est en Belgique, et qu'au surplus, les conditions de l'autorisation, telles, par exemple, que le placement du capital social en fonds belges, seraient presque toujours incompatibles avec leur existence en pays étranger.» (1)

Mais, en 1859, un revirement s'est produit en Belgique. La Cour de cassation, revenant sur sa jurisprudence par un arrêt solennel de ses chambres réunies, déclara que les associations anonymes françaises ne pouvaient pas être admises à *ester* devant les tribunaux belges (2). C'est dans ce fait que notre loi du 30 mai 1857 a eu sa cause, ainsi que l'explique l'exposé des motifs dont cette loi a été précédée. Cette jurisprudence nouvelle de la Cour de cassation de Bruxelles, y est-il dit, « occasionna aux sociétés françaises une grande surprise et d'immenses embarras. Le gouvernement français s'en émut, et peut-être aussi le gouvernement belge, qui pouvait être exposé à des représailles; c'est ce qui amena la convention suivante, annexée au traité de commerce du 27 février 1854 : « La faculté de faire valoir *leur droit* devant les » tribunaux belges étant contestée aux sociétés anonymes françaises, et » des inconvénients sérieux pouvant résulter de cet état de choses pour » les associations commerciales, industrielles ou financières des deux » États, le gouvernement de S. M. le roi des Belges s'engage à présenter » aux Chambres législatives, dans le délai d'un an, un projet de loi qui » aura pour objet d'*autoriser* les sociétés anonymes et les autres asso- » ciations qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement français » et qui l'auront obtenue, à exercer *tous leurs droits et à ester en justice* » en Belgique, conformément aux lois du pays, *moyennant la réciprocité* » *de la part de la France.* » — En exécution de cette promesse, le gouvernement belge a promulgué, le 14 mars 1855, une loi dont l'art. 1er autorise les associations anonymes, commerciales, industrielles ou financières françaises, à exercer leurs droits et ester en justice en Belgique *toutes les fois que les associations de même nature légalement établies en Belgique jouiront des mêmes droits en France.* — Par l'art. 2, le gouvernement belge est autorisé à étendre, par arrêté royal, et moyennant réciprocité, le bénéfice de l'art. 1er aux sociétés et associations de même nature existant en tout autre pays. — Enfin, l'art. 3 et dernier dispose que cette réciprocité sera constatée soit par les traités, soit par la production des lois ou actes propres à en établir l'existence. — En présence de ces dispositions, les sociétés anonymes françaises, une première fois éconduites par la jurisprudence de la Cour de cassation de Bruxelles, reprennent courage, et se disposent à s'adresser aux tribunaux belges, sans même soupçonner que, pour établir la réciprocité, condition essentielle du droit que la loi belge leur reconnaît, elles soient

(1) Cour de cassation de Belgique, 22 juillet 1847 (Dall., 47, 2, 171).
(2) Cour de cassation de Belgique, 8 février 1849 (Dall., *Rép.*, v° Société, n° 1588).

obligées de fournir d'autre preuve de cette réciprocité que celle de la jurisprudence notoire des tribunaux français, qui n'a jamais fait défaut aux associations belges. — Elles se trompaient, pourtant : on leur répondit que le principe sur lequel avait été fondée originairement cette jurisprudence avait reçu en Belgique une interprétation toute contraire, qui, au premier jour, pouvait être suivie en France; que ce n'était pas d'une autorité aussi incertaine, aussi facilement muable, que leur loi avait entendu faire dépendre la réciprocité qui, aux termes de la déclaration annexée au traité de commerce, devait régir les associations des deux pays... » (1)

1860. Telles sont les circonstances dans lesquelles est intervenue la loi du 30 mai 1857, laquelle, composée de deux articles seulement, est ainsi conçue :

« ART. 1er. Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge, et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'empire.

» ART. 2. Un décret impérial, rendu en conseil d'État, peut appliquer aux autres pays le bénéfice de l'article premier. »

C'est, on le voit, la reproduction en quelque sorte de la loi belge du 14 mars 1855 : les deux versions diffèrent en ceci seulement que le législateur français, en conférant au gouvernement le droit d'habiliter les sociétés étrangères, ne parle pas de cette réciprocité internationale qu'avait cru devoir exiger le législateur belge (*infrà*, n° 1864). Mais cette différence même n'existe plus aujourd'hui, l'art. 128 de la loi belge du 18 mai 1873 sur les sociétés admettant, par une abrogation virtuelle de la loi de 1855, les sociétés étrangères « à faire leurs opérations et ester en justice en Belgique » sans condition de réciprocité.

Quoi qu'il en soit, les textes rappelés, il nous reste à préciser quel est l'objet de la loi du 30 mai 1857, quelle en est la portée, et quelle est la condition légale en France soit des sociétés étrangères dûment autorisées ou dispensées de l'autorisation, soit de celles qui, soumises à la nécessité de l'autorisation, ne sont pas autorisées.

II. — 1861. *Objet de la loi.* Par son article premier, la loi de 1857 *habilite directement* à exercer tous leurs droits en France et à y ester en justice les sociétés qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge et qui l'ont obtenue. Et par son article second, infiniment plus général, elle délègue au gouvernement le droit d'appliquer, sans le concours du Corps législatif, le bénéfice de l'art. 1er à tous les autres pays, c'est-à-dire d'autoriser les sociétés des autres pays dans les mêmes termes que la loi elle-même autorise les sociétés belges. En fait, cette autorisation a été accordée à la plupart des pays de l'Europe. Et l'on

(1) Exposé des motifs (S.-V., 1857, Lois annotées, p. 30; Dall., 1857, part. IV, p. 75).

comprend qu'elle ne pouvait pas manquer d'être demandée. Après la promulgation de la loi de 1857, les tribunaux français ne se trouvèrent plus en droit d'user, vis-à-vis des sociétés étrangères, des facilités dont ils ne s'étaient jamais départis jusque-là. Il fut dès lors décidé que, même régulièrement constituées dans le pays où elles avaient leur siége, elles n'étaient pas recevables à ester en justice en France, si elles n'avaient pas été autorisées par le gouvernement français (1). « Il est impossible d'admettre, dit notamment la Cour de cassation, qu'une disposition législative et spéciale ait été jugée nécessaire pour autoriser les sociétés régulièrement constituées en Belgique à ester en justice et à exercer leurs droits en France, si déjà elles avaient trouvé cette autorisation dans le droit commun; la disposition de l'art. 2 de la loi de 1857, qui confère au chef de l'Etat le droit d'accorder par des décrets la même autorisation aux sociétés des autres pays, résiste pareillement d'une manière énergique à l'application que l'on prétend faire aux sociétés étrangères de l'art. 15 du Code Napoléon, application qui la rendrait inutile et sans objet... » Les pays étrangers étaient avertis par là de la nécessité d'obtenir pour leurs sociétés l'autorisation du gouvernement français que la loi donnait directement aux sociétés belges, et c'est ainsi que, soit administrativement, soit par la voie diplomatique, le bénéfice de l'art. 1er de la loi de 1857 a été appliqué à un très-grand nombre d'États (2).

1862. Administrativement ou par la voie diplomatique, disons-nous: c'est qu'en effet, si les sociétés légalement constituées à l'étranger peuvent être habilitées à agir en France en la forme indiquée dans l'art. 2 de la loi du 30 mai 1857, c'est-à-dire *par un décret impérial rendu en conseil d'État,* elles peuvent aussi tenir leur aptitude d'une convention internationale, en vertu de l'art. 6 de la constitution de 1852, qui conférait au souverain le droit de faire seul des traités où, incontestablement, pouvaient être insérées des clauses habilitant à agir en France les sociétés des pays avec lesquels ils étaient conclus. C'est le cas pour l'Angleterre, aux termes de la convention passée avec la France le 30 avril 1862, sanctionnée et promulguée le 17 mai suivant, et dans laquelle « les hautes parties contractantes déclarent reconnaître mutuellement à toutes les compagnies et autres associations commerciales, industrielles ou financières, constituées et autorisées suivant les lois particulières à l'un des deux pays, la faculté d'exercer tous leurs droits et d'ester en justice devant les tribunaux, soit pour intenter une

(1) Voy. notamment Req., 1er août 1860 (S.-V., 60, 1, 865; *J. Pal.*, 1861, p. 101; Dall., 60, 1, 444); Orléans, 10 mars et 19 mai 1860 (Dall., 60, 2, 126); Aix, 17 janv. 1861 (S.-V., 61, 2, 335; *J. Pal.*, 1861, p. 875; Dall., 61, 2, 177); Paris, 15 mai 1863 (S.-V., 63, 1, 353, à la note; *J. Pal.*, 1863, p. 1022).

(2) A la Sardaigne, le 8 septembre 1860; — au Portugal, le 27 février 1861; — à la Confédération suisse, le 11 mai 1861; — à l'Espagne, le 5 août 1861; — à la Grèce, le 9 novembre 1861; — aux États romains, le 5 février 1862; — à la Grande-Bretagne, les 30 avril-17 mai 1862; — aux Pays-Bas, le 22 juillet 1863; — à la Russie, le 25 février 1865; — à la Prusse, le 16 décembre 1866; — à la Saxe, le 23 mai 1868; — à l'Autriche, le 20 juin 1868; — à la Suède et à la Norvége, le 14 juin 1872.

action, soit pour y défendre, sans autre condition que de se conformer aux lois desdits États... »

L'art. 2 de la loi du 30 mai 1857, en exprimant que les sociétés étrangères seraient habilitées *par un décret impérial rendu en conseil d'État,* n'a ni entendu ni pu supprimer la prérogative acquise au souverain en vertu d'une disposition constitutionnelle. La Cour de Rennes, néanmoins, s'y était trompée. Dans un procès engagé contre une société anglo-française constituée en Angleterre, elle avait rejeté la demande en se fondant, entre autres motifs, sur ce « qu'il n'apparaissait pas que la convention précitée eût été suivie du décret impérial qui, aux termes de l'art. 2 de la loi du 30 mai 1857, devait la rendre obligatoire pour les citoyens et pour les tribunaux. » Mais l'arrêt a été cassé dans l'intérêt de la loi, « attendu que la convention conclue entre la France et l'Angleterre le 30 avril 1862, sanctionnée et promulguée le 17 mai suivant, était devenue exécutoire en France par le fait de cette promulgation, et, par suite, obligatoire pour les citoyens et les tribunaux français, à partir de la même époque, et qu'il n'importe qu'elle n'ait pas été suivie du décret mentionné en l'art. 2 de la loi du 30 mai 1857, cette loi spéciale ne pouvant s'appliquer... lorsque, comme dans le cas de la convention du 30 avril 1862, l'empereur règle, en vertu de la prérogative constitutionnelle, avec un souverain étranger, par voie diplomatique et au moyen d'un traité, quels seront les droits civils dont jouiront à l'avenir, et réciproquement, les sujets des puissances contractantes... » (1)

1863. Il faut ne pas confondre l'autorisation qui, dans les termes de la loi de 1857, habilite les sociétés d'un pays étranger à opérer en France avec l'autorisation sans laquelle, avant l'abrogation de l'art. 37 du Code de commerce, nos sociétés anonymes ne pouvaient pas exister. Il y a cela de commun, sans doute, entre les deux, qu'elles sont l'une et l'autre données à la suite d'un examen ou d'une appréciation faite par le conseil d'État. Mais elles diffèrent l'une de l'autre par leur caractère et par l'objet de cet examen. Quand il s'agit d'habiliter les sociétés d'un pays étranger, cet objet c'est la législation même de ce pays, tandis que dans le cas de l'art. 37 du Code de commerce c'était la convention sociale, c'est-à-dire les statuts de la société, ou, selon l'expression de cet article, « l'acte qui la constitue »; le point à vérifier, dans le premier cas, est de savoir si les conditions imposées par la loi étrangère pour la formation des sociétés sont de nature à présenter des garanties suffisantes, tandis que, dans le second, il est de savoir si la société est sérieusement constituée. Et de ces différences mêmes il résulte que l'autorisation donnée dans les termes de la loi du 30 mai 1857 est générale, en ce sens qu'elle profite à *toutes* les sociétés d'un pays étranger, aux sociétés actuellement existantes et à celles qui pourront être ultérieurement formées, au lieu que l'autorisation prescrite par l'art. 37

(1) Cass., 19 mai 1863 (*J. Pal.*, 1863, p. 1022; Dall., 63, 1, 218; S.-V., 63, 1, 353).

du Code de commerce était toute spéciale et ne s'appliquait qu'à une seule société individuellement déterminée.

Ceci est caractéristique, à notre avis. C'est pourquoi nous ne voudrions pas dire, avec M. Lyon-Caen, que « rien n'empêcherait le gouvernement d'autoriser à agir en France, *spécialement,* certaines sociétés d'un pays à l'exclusion des autres. » (1) Le fait est sans précédent, à notre connaissance, et, en tout cas, nous ne voyons pas un texte dans lequel le gouvernement puiserait un tel droit. Ce n'est pas, assurément, l'art. 37 du Code de commerce, qui n'était pas fait pour les sociétés étrangères, et qui, dût-il même, ainsi qu'on l'a dit parfois, être considéré comme les ayant régies, ne saurait plus être invoqué depuis que l'abrogation en a été prononcée par la loi du 24 juillet 1867. Ce n'est pas davantage la loi du 30 mai 1857; car par sa lettre, non moins que par son esprit, l'art. 2 de cette loi implique l'idée d'une autorisation générale embrassant en bloc ou en masse toutes les sociétés anonymes d'un pays étranger. Or, à défaut de ces textes, aucun autre ne justifie l'opinion proposée. Et il ne faudrait pas dire que le pouvoir de donner une autorisation générale et commune aux sociétés d'un pays étranger comprend implicitement celui d'en autoriser une ou plusieurs à l'exclusion des autres. Par la force même des choses, les deux cas sont essentiellement différents. Fondée qu'elle est sur l'examen et l'appréciation d'une législation dans son ensemble, l'autorisation générale ne saurait à aucun titre être suspectée; au contraire, l'autorisation spéciale donnée à telle ou telle société à la suite d'une appréciation préalable de ses conditions constitutives pourrait, à tort ou à raison, laisser à penser que des considérations particulières ont valu à cette société une faveur au fond plus ou moins justifiée. Le législateur lui-même, en abrogeant l'art. 37 du Code de commerce, a renoncé à un pouvoir qui, il faut bien le dire, faisait sa part à l'arbitraire; il n'y a pas de raison, quand ce pouvoir a disparu au profit de nos sociétés anonymes françaises, de le considérer comme subsistant à l'encontre des sociétés formées en pays étranger.

1864. L'autorisation générale et commune aux sociétés d'un pays étranger est donc seule dans les prévisions de la loi. Mais cette autorisation générale, le gouvernement est libre de l'accorder même quand elle ne serait pas accordée dans ce pays à nos sociétés françaises. Il doit se préoccuper, sans doute, de l'utilité que les sociétés du pays étranger peuvent présenter pour le nôtre, des garanties qu'elles offriraient à nos nationaux, et aussi de l'intérêt que nous pouvons avoir à abaisser toutes les barrières devant les associations de l'étranger, pour que, de son côté, l'étranger accueille nos sociétés chez lui. Mais cette réciprocité désirable et généralement désirée n'est en aucune façon une condition que le gouvernement doive nécessairement mettre à l'autorisation qui lui est demandée. La pensée de la loi, son esprit intime, « est que cette réciprocité soit ordinairement la condition de sembla-

(1) Voy. M. Lyon-Caen (*Cond. lég. des soc. étrang. en France,* no 21).

bles autorisations. Toutefois, il peut se présenter des cas où la politique et l'état des relations diplomatiques ne s'en accommoderaient pas. » (1) C'est en vue de ces cas que la loi ne pose pas la réciprocité comme condition. « Il convient de laisser au gouvernement, a dit la commission du Corps législatif, l'appréciation des motifs qui peuvent le déterminer à abandonner ou à exiger le droit de réciprocité... Il pourrait avoir besoin de l'abandonner s'il devenait utile d'accorder le droit de s'établir et d'ester en justice à des sociétés anonymes autorisées par des gouvernements avec lesquels un traité de réciprocité ne serait pas immédiatement possible, lorsque les propositions de ces sociétés ou leur genre de commerce seraient de nature à procurer à la France des produits qui lui seraient nécessaires, ou des transactions avantageuses. La réciprocité posée comme condition pourrait même devenir embarrassante pour le gouvernement, en le liant, en quelque sorte, vis-à-vis d'un gouvernement étranger auquel il suffirait d'offrir à la France la réciprocité, pour donner aux sociétés anonymes qu'il aurait autorisées sur son territoire le droit de réclamer l'autorisation du gouvernement français, engagée d'avance sous une condition qui se trouverait accomplie. Le pouvoir perdrait ainsi son entière liberté d'action que nous proposons de lui laisser... » (2)

Ajoutons, d'ailleurs, qu'en eux-mêmes les décrets d'autorisation ne sont pas irrévocables. Le gouvernement français ne saurait être à tout jamais lié par l'autorisation qu'il aurait donnée. Et s'il arrivait que par suite de modifications introduites dans la législation de tel ou tel pays étranger les associations de ce pays devinssent nuisibles aux intérêts français, le gouvernement pourrait assurément révoquer, par un décret rendu en la forme d'un règlement d'administration publique, l'autorisation d'opérer en France qu'il avait précédemment donnée.

III. — 1865. *A quelles sociétés étrangères s'impose la nécessité de l'autorisation.* La loi mentionne seulement les sociétés *anonymes* et les autres associations commerciales, industrielles ou financières, *qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement étranger*. Dès lors, la nécessité de l'autorisation du gouvernement français ne s'impose pas aux sociétés étrangères en nom collectif, ni aux sociétés en commandite par intérêt. Ces sociétés n'étant nulle part soumises à l'autorisation du pays auquel elles appartiennent, il en résulte qu'elles jouissent, depuis la loi du 30 mai 1857, comme elles en jouissaient auparavant (*suprà*, n° 1857), du droit d'agir en France et d'y ester en justice sans l'autorisation du gouvernement français. La loi ne les atteint pas, a dit la commission du Corps législatif, et c'est en dehors d'elle qu'il faudrait chercher et trouver les moyens de réprimer les abus qu'elles pourraient commettre.

1866. Au contraire, les sociétés *anonymes* sont visées et nominativement désignées par le législateur de 1857; elles rentrent donc dans

(1) Exposé des motifs (Dalloz, 1857, part. IV, p. 76).
(2) *Ibid.* (p. 78).

es termes précis de la loi, et, par suite, en toute hypothèse, même ans celle où les sociétés anonymes étrangères ne sont pas soumises à 'autorisation administrative par la législation des pays où elles se sont ormées, un décret d'autorisation du gouvernement français est nécesaire pour les habiliter à agir en France. Seules désignées nominativenent dans la loi du 30 mai 1857, les sociétés anonymes, principalement, int appelé l'attention du législateur, en raison des dangers qu'elles préentent pour le public, et ce n'est pas pour cette classe de sociétés qu'il 'est préoccupé, en permettant de les habiliter en France, du point de avoir si, d'après la loi de leur pays, leur constitution est libre ou sounise à une autorisation. Cela résulte nettement des travaux préparaoires, et notamment du rapport de la commission du Corps législatif, où on lit que « la loi s'applique aux sociétés anonymes, auxquelles, par in motif de prudence facile à justifier, *on a joint les autres associations qui, sans être anonymes, sont néanmoins soumises à l'autorisation préa'able,* comme intéressant l'ordre, la morale et la sûreté publique. » (1) Évidemment, la condition de l'autorisation préalable a trait à ces autres issociations, dont il sera question tout à l'heure (n° 1868), que la loi léclare joindre aux sociétés anonymes. Quant à celles-ci, elle se borne à les nommer, sans aucune expression qui limite la portée de la dénomination qui leur est propre; et, par cela même, il faut dire qu'elle n'a entendu leur laisser l'exercice de leurs droits en France qu'avec une autorisation du gouvernement français, même quand la loi de leur pays leur permet de se former librement. Tel serait le cas des sociétés anonymes du grand-duché de Bade, où, d'après la loi du pays (6 août 1862, art. 32), les sociétés par actions sont, en général, dispensées d'autorisation (2).

Du reste, le gouvernement lui-même a fait l'application de la règle aux sociétés anglaises. Il y a, en effet, en Angleterre, indépendamment des *trading corporation,* sociétés constituées par acte du parlement ou de la couronne, et qui correspondent à nos sociétés anonymes, des *joint stock companies limited,* autres sociétés qui, bien qu'anonymes en réalité, se constituent librement. Or, pour exercer leurs droits en France, ces dernières sociétés, comme les premières, ont dû être habilitées, et, en effet, elles ont été habilitées en masse par le traité du 30 avril 1862, ci-dessus mentionné (n° 1862).

On a dit, à la vérité, que la voie du traité avait été prise ici pour éluder une difficulté; qu'un décret général, rendu en conseil d'État conformément à l'art. 2 de la loi de 1857, n'aurait pas suffi pour rendre les *joint stock companies* capables d'exercer leurs droits en France; que, ces sociétés n'étant pas soumises à une autorisation particulière en Angleterre, il aurait fallu procéder par décrets spéciaux pour chacune de celles qui auraient voulu opérer chez nous; et que le gouvernement a tourné la difficulté en reconnaissant toutes les so-

---

(1) Dalloz (1857, part. IV, p. 77).
(2) Voy. M. Lyon-Caen (*op. cit.*, p. 46, à la note).

ciétés anglaises sans exception par voie de traité (1). Mais quel que soit le motif qui a pu déterminer le gouvernement à reconnaître par voie de traité aux compagnies et associations anglaises la faculté d'exercer tous leurs droits et d'ester en justice devant les tribunaux français, il reste toujours que cette reconnaissance était nécessaire et que sans elle les *joint stock companies,* véritables sociétés anonymes, n'eussent pas, bien que librement constituées en Angleterre, été admises à agir en France. C'est le point à noter. Quant à cette affirmation qu'un décret général d'autorisation n'aurait pas suffi à les rendre capables, et que n'ayant pas besoin d'une autorisation particulière pour se constituer en Angleterre, elles auraient dû être reconnues et habilitées en France par des décrets spéciaux, elle est sans aucun fondement. D'une part, nous le répétons, cette condition de l'autorisation particulière n'est pas écrite pour les sociétés étrangères qui sont des anonymats. Et, d'une autre part, la condition fût-elle écrite même en vue des sociétés anonymes, on n'aperçoit point pourquoi il ne serait pas permis au gouvernement de les habiliter en masse par un décret rendu en conseil d'État, conformément à l'art. 2 de la loi de 1857. En définitive, le gouvernement est investi du droit, et il a le devoir, lorsqu'il s'agit pour lui d'habiliter en France les sociétés d'un pays étranger, d'apprécier dans son ensemble la législation de ces pays au point de vue des garanties que peuvent présenter à nos nationaux les conditions qu'elle impose à la constitution de ses sociétés ou la réglementation à laquelle elle les soumet. Et si ces conditions, si cette réglementation, dans un pays où les sociétés peuvent s'établir librement, présentent des garanties équivalentes à celles que donnerait l'autorisation préalable elle-même, il n'y a aucune raison, vraiment, pour que le gouvernement n'use pas à l'égard de ce pays du droit, que lui confère l'art. 2 de la loi, d'habiliter en masse par décret les sociétés qui s'y sont librement formées. Il faudra seulement qu'en présence de la réglementation rigoureuse à laquelle sont soumises en France nos sociétés anonymes par la loi du 24 juillet 1867, il n'ouvre pas trop facilement l'accès de notre pays à des sociétés étrangères moins sévèrement réglementées.

Ainsi, et en résumé, les sociétés anonymes étrangères, dispensées de l'autorisation préalable dans leur pays, ne peuvent exercer leurs droits en France qu'autant qu'elles y sont habilitées; et, pour celles-là aussi bien que pour celles qui sont soumises à l'autorisation préalable dans leur pays, le gouvernement peut et même doit procéder par voie d'autorisation générale, car, à notre avis, il n'aurait pas le droit de statuer par décrets spéciaux (*suprà,* n° 1862).

1867. Ajoutons que l'autorisation exigée par la loi de 1857 n'a pas cessé d'être nécessaire pour les sociétés anonymes étrangères, même après la promulgation de celle du 24 juillet 1867. Cette dernière loi, on le sait, a affranchi nos sociétés anonymes de la tutelle administrative en abrogeant l'art. 37 du Code de commerce, d'après lequel ces

(1) Voy. M. Lescœur (n° 158). *Comp.* M. Lyon-Caen (n° 20).

sociétés ne pouvaient exister qu'avec l'autorisation du roi et son approbation pour les actes qui les constituaient. Mais elle n'a pas abrogé la loi du 30 mai 1857 : elle ne l'a pas abrogée expressément, cela est certain; elle ne l'a pas davantage abrogée tacitement, car il n'y a aucune inconciliabilité, ni absolue, ni même relative, entre les deux lois. Celle de 1867 a supprimé, il est vrai, le système de l'autorisation préalable pour nos sociétés anonymes françaises; mais elle a substitué à ce système une réglementation minutieuse, un ensemble de mesures ou de conditions restrictives, qu'elle impose à ces sociétés. Et comme ces conditions ou ces mesures ne sont pas, en général, applicables aux sociétés anonymes étrangères (*infrà,* n[os] 1877 et suiv.), le maintien du régime de l'autorisation générale exigée par la loi de 1857 s'impose comme une nécessité. Il y a là une garantie équivalente à celle que le législateur de 1867 a cherchée dans la réglementation à laquelle il a soumis nos sociétés anonymes françaises. En sorte que, loin d'être contraires ou inconciliables, les deux lois se combinent à merveille et sont l'une et l'autre applicables dans l'ordre d'idées en vue duquel elles ont respectivement disposé.

1868. Indépendamment des sociétés anonymes particulièrement dénommées, la loi de 1857 vise « les autres associations commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation de leur gouvernement, et qui l'ont obtenue. » Dès lors, les sociétés étrangères, qui, sans être anonymes, ne peuvent exister dans leur pays qu'en vertu d'une autorisation de leur gouvernement, ne seraient capables d'agir en France qu'autant qu'elles y auraient été habilitées conformément à l'art. 2 de la loi du 30 mai 1857. Ainsi en serait-il des commandites simples, et même des sociétés collectives, si tant est que l'autorisation préalable soit exigée par quelque législation étrangère pour les sociétés de l'espèce. Mais il est vrai de dire que le législateur de 1857 a eu spécialement en vue les sociétés étrangères correspondant à nos sociétés en commandite par actions. A l'égard de celles-ci, c'est en considération de l'autorisation particulière à l'obtention de laquelle leur constitution serait subordonnée dans leur pays qu'elles seraient dans le cas de bénéficier de l'art. 2 de la loi de 1857, le législateur français estimant que cette autorisation particulière offre à nos intérêts nationaux une garantie suffisante. Toutefois, il y a là une inconséquence dont tous les esprits ont été frappés. Si, d'après quelques législations étrangères, par exemple celles de l'Italie et de plusieurs pays allemands, les sociétés en commandite par actions doivent être préalablement autorisées, dans la plupart des pays, au contraire, ces associations peuvent se former sans le contrôle de l'autorité (1). Par suite, tandis que la capacité d'agir en France est acquise de plein droit aux sociétés en commandite par actions de ces derniers pays, celles des premiers ne seront capables qu'autant qu'un décret du gouvernement français les

(1) Voy., à cet égard, les renseignements fournis par M. Lyon-Caen (*op. cit.*, p. 46, à la note).

aura habilitées; en sorte que, par l'effet même de notre législation, les associations de l'espèce, qui, formées sans contrôle dans le pays où elles naissent ne présentent pas de garanties, sont précisément celles contre lesquelles la loi française ne prend aucune précaution! Certes, en y pensant mieux, le législateur eût évité cette disparate; assimilant, sous le rapport qui nous occupe, les commandites étrangères par actions aux sociétés anonymes, il les eût assujetties toutes sans distinction, quel que fût le système établi par la loi de leur pays, à l'autorisation du gouvernement français. Et cela eût été d'autant plus justifié qu'au moment où fut votée la loi du 30 mai 1857, la commandite par actions venait d'être soumise à une réglementation rigoureuse, organisée précisément en vue de parer aux dangers inhérents à cette forme de société (*suprà*, nos 851 et suiv.), en sorte que le législateur était invité par ce précédent même à exiger, pour les sociétés étrangères auxquelles cette réglementation n'était pas applicable en principe, une garantie qui en pût tenir lieu.

Quoi qu'il en soit, le texte est précis, et, par conséquent, il faut tenir, quant aux sociétés étrangères en commandite par actions, que celles-là seules ont besoin d'être habilitées par le gouvernement français, pour pouvoir exercer leurs droits en France, qui sont soumises à l'autorisation préalable dans le pays où elles sont établies, et qui l'ont obtenue.

1869. Ainsi, en résumé, parmi les sociétés étrangères, il y en a qui, depuis comme avant la loi du 30 mai 1857, restent libres et capables d'exercer leurs droits en France et d'y ester en justice : ce sont les sociétés de personnes correspondant à nos sociétés en nom collectif et en commandite simple ou par intérêt; — il y en a d'autres qui, quelle qu'ait été leur situation avant la loi de 1857, ne peuvent, d'après cette loi, opérer en France qu'autant qu'elles ont été habilitées par le gouvernement français : ce sont les sociétés de capitaux, notamment les sociétés anonymes en toute hypothèse, et celles qui, sans être anonymes, sont soumises à l'autorisation du gouvernement de leur pays, et qui l'ont obtenue; — enfin, il y en a qui, bien que sociétés de capitaux, sont, comme les sociétés de personnes, capables d'agir sans aucune autorisation du gouvernement français : ce sont spécialement les sociétés en commandite par actions, qui, d'après la loi de leur pays, ont pu s'y établir sans le contrôle de l'autorité. — Il reste à dire maintenant quelle est en France la situation légale des sociétés étrangères suivant qu'elles sont ou ne sont pas autorisées.

IV. — 1870. *Condition des sociétés étrangères non habilitées conformément à la loi de 1857.* Ces sociétés, peu nombreuses d'ailleurs, la plupart des pays étrangers ayant bénéficié de l'art. 2 de la loi du 30 mai 1857, sont sans existence légale en France. Dès lors, sont incapables absolument d'y exercer leurs droits les sociétés anonymes d'un pays étranger qui n'aurait pas bénéficié de la loi, et avec les anonymats, les sociétés qui ne peuvent s'établir dans leur pays qu'avec l'autorisation du gouvernement. Ces sociétés, auxquelles, aussi bien qu'aux sociétés

de personnes, nos tribunaux, en s'autorisant de l'art. 15 du Code civil, avaient, jusqu'à la promulgation de la loi, reconnu le droit d'agir en France, ont perdu ce droit à partir de cette loi, qui a fait de l'autorisation du gouvernement français, par un décret rendu en conseil d'État, la condition même, la condition nécessaire de leur capacité. C'est, comme on l'a vu plus haut, un point désormais établi par la jurisprudence (*suprà,* n° 1861). On a dit, à la vérité, que l'intention du législateur n'a pas été de refuser aux sociétés étrangères en France, qu'elle qu'en fût la nature ou la dénomination, l'exercice de droits que le progrès des mœurs et la multiplicité des relations commerciales leur ont depuis longtemps reconnus, et que la loi n'a eu d'autre but que de rassurer les gouvernements étrangers contre un retour possible de jurisprudence (1). Mais c'est là une opinion isolée et contre laquelle s'élève la pensée manifeste de la loi. Si l'intention du législateur eût été celle qu'on lui prête, il s'en fût tenu à reconnaître purement et simplement à toutes les sociétés étrangères le droit d'opérer en France et d'y agir en justice. Il a statué tout autrement; il a dit que les sociétés anonymes étrangères et les autres associations soumises à l'autorisation de leur gouvernement pourraient tenir d'un décret rendu en conseil d'État la faculté d'exercer leurs droits en France; par cela même, il a dit que les sociétés et associations de l'espèce, constituées dans tout pays en faveur duquel un tel décret n'aurait pas été rendu, resteront sans existence légale en France, et seront par suite privées de cette faculté (2).

1871. Par cela même qu'elles sont sans existence légale, ces sociétés ne sauraient, en principe, être admises à mettre en mouvement la justice française : elles ne peuvent pas ester en justice. Et, on l'a dit avec raison, c'est la sanction véritable de la règle qu'à défaut d'autorisation elles sont incapables de faire leurs opérations en France. Que leur servira-t-il, en effet, d'opérer chez nous, du moment qu'en cas de résistance elles ne pourront pas appeler en justice celui qui se serait engagé envers elles pour le contraindre à l'exécution de l'obligation contractée?

1872. Toutefois, c'est seulement comme demanderesses qu'elles ne peuvent pas ester en justice. Il est admis, en effet, en jurisprudence, que quelque dépourvues qu'elles soient d'existence légale, elles n'en sont pas moins dans le cas d'être poursuivies comme défenderesses devant les tribunaux français pour l'exécution de leurs engagements. Ce point, néanmoins, a été contesté : on ne comprend pas « qu'on dise aux mêmes sociétés, suivant qu'elles se défendent ou qu'elles attaquent : Vous existez, ou Vous n'existez pas. Elles sont ou elles ne sont pas. » (3) La Cour de cassation répond « qu'aux termes de l'art. 14 du Code civil, les tribunaux français sont compétents pour connaître des obligations contractées en France par des étrangers envers des Fran-

(1) Voy. M. Alauzet (n° 631).

(2) Voy., en ce sens, MM. Aubry et Rau (t. I, p. 188, note 23), Lyon-Caen (*op. cit.*, n°s 59 et 60).

(3) Voy. M. Ballot (*Rev. prat.*, t. XVII, p. 96 et suiv.). — Voy. aussi Aix, 17 janv. 1861, et Paris, 15 mai 1863 (Dall., 61, 2, 177; 63, 2, 84).

çais; que cette disposition, dans sa généralité, s'applique aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales, aux individus qu'aux sociétés; que si la société défenderesse ne justifie pas de l'autorisation qui lui serait nécessaire pour avoir une existence légale en France, elle n'a pas cessé, *comme association de fait,* d'y être responsable de ses engagements envers les Français avec lesquels elle aurait contracté, et, par suite, de rester nécessairement soumise, quant aux obligations résultant de ces engagements, à la juridiction des tribunaux français; qu'il n'a été ni explicitement, ni implicitement dérogé à ces principes par la loi du 30 mai 1857.» (1) C'est la raison décisive : la société, comme étant sans existence légale en France, était sans doute inhabile à y opérer; mais elle n'en est pas moins une association de fait. A ce point de vue, elle est dans la même situation qu'une société française qui, nulle dans sa constitution, fonctionne néanmoins comme ferait une association régulière. Or, il n'est pas douteux que les créanciers d'une telle société seraient en droit d'agir contre elle comme si elle était régulièrement constituée, sans que, de son côté, il lui fût permis de les entraver dans leur action en excipant de la nullité dont sa constitution est affectée (*suprà,* nos 1255 et suiv.). De même, la société étrangère non autorisée conformément à la loi de 1857 ne peut pas davantage, alors qu'elle a opéré en fraude de la loi française, se prévaloir de l'état d'incapacité dans lequel elle est placée, et l'opposer comme fin de non-recevoir au Français qui l'actionne en justice pour la contraindre à exécuter ses engagements.

1873. Cependant, assignée comme défenderesse devant les tribunaux français, et tenue de répondre à la demande formée, la société étrangère ne saurait être privée d'aucun des moyens de défense que le droit commun met à sa disposition. Elle pourrait spécialement appeler des garants en cause. Bien que demanderesse dans la demande reconventionnelle qu'elle introduirait à cette fin, elle ne ferait, en réalité, que défendre à l'action principale; et, par cela même, il ne saurait lui être interdit de la former.

1874. Un dernier point est à noter : c'est comme association ayant une existence de fait que la société étrangère non autoriée peut être poursuivie devant les tribunaux français comme défenderesse; il suit de là que le Français par lequel elle est actionnée doit la prendre ou la considérer comme un être moral, et, par suite, assigner, non pas les actionnaires, mais la société elle-même dans la personne de ses directeurs ou administrateurs. Il s'en induit également, dès qu'il s'agit d'une société anonyme étrangère, qu'il faudrait tenir compte, dans la condamnation qui pourrait intervenir, des limitations mises par les statuts sociaux à la responsabilité des administrateurs assignés. La Cour de cassation a décidé en ce sens, par l'un des arrêts déjà cités, que les administrateurs d'une société anonyme étrangère non autorisée par le gou-

(1) Cass., 19 mai 1863 et 14 nov. 1864 (Dall., 63, 1, 218; 64, 1, 466; S.-V., 63, 1, 333; 65, 1, 135; *J. Pal.*, 1863, p. 1022). — *Junge* Amiens, 2 mars 1865 (Dall., 65, 2, 105).

vernement français ne sont pas liés personnellement par les engagements pris au nom de cette société envers des Français, alors que les statuts, connus des tiers avec lesquels ils ont contracté, portaient que les engagements des administrateurs n'auraient rien de personnel et n'obligeraient que la société (1).

V. — 1875. *Condition des sociétés étrangères autorisées ou dispensées de l'autorisation.* Les sociétés étrangères de capitaux reconnues en France, soit administrativement par décret, soit diplomatiquement par traité (*suprà*, n° 1862), y *peuvent,* dit la loi de 1857, *exercer tous leurs droits.* Protégées par la garantie morale du gouvernement étranger et reconnues par la loi française, ces sociétés, a dit le rapporteur de la commission au Corps législatif, « jouiront en France *de tous leurs droits.* » Et, précisant ensuite le sens et la portée de ces mots, il a ajouté : « l'expression devra s'entendre nécessairement *de tous les droits* qu'exercent les sociétés non anonymes et les individus non sujets à autorisation; droits pour l'exercice desquels les sociétés anonymes non autorisées dans l'un des deux pays s'y trouvaient frappées d'incapacité par l'art. 37 du Code de commerce. » (2) Les sociétés de capitaux qui jouissaient de ces droits par tolérance avant la loi de 1857 (*suprà,* n° 1858), en jouissent légalement dès qu'elles sont reconnues et autorisées par la loi française. Telle est aussi, et à plus forte raison, la situation des sociétés étrangères de personnes qui, elles, absolument libres en France, n'ont pas besoin de l'autorisation du gouvernement français pour y faire leurs opérations (*suprà,* n° 1865).

1876. Ainsi, les sociétés anonymes des pays étrangers qui ont bénéficié de la loi de 1857, et les sociétés non anonymes que cette loi n'a pas visées, auront en France l'exercice de tous les droits qu'y pourraient exercer les individus non sujets à autorisation. Assimilées, en leur qualité de personnes morales, à un étranger ordinaire, à une personne physique, elles n'auront pas d'autres conditions à subir que celles qui s'imposeraient à l'individu. Par exemple, elles pourront obtenir, en France, des brevets d'invention, aux termes de l'art. 27 de la loi du 5 juillet 1844. Elles auront de même le droit de propriété industrielle sur leurs dessins et marques de fabrique, par application et dans les termes des art. 5 et 6 de la loi du 23 juin 1857, 9 de celle du 26 novembre 1873, et du décret du 25 juin 1874, portant règlement d'administration publique pour l'exécution de cette dernière loi.

1877. Par voie de conséquence, les sociétés étrangères capables d'opérer en France et d'y exercer tous leurs droits, devaient avoir un moyen de défendre ces droits et de s'en assurer l'efficacité : elles peuvent, dit la loi de 1857 dans cette vue, « *ester en justice en France.* » C'est, d'ailleurs, on l'a vu plus haut, surtout à propos de ce droit important et de l'usage qu'en voulaient faire les sociétés étrangères dont les relations s'étendaient sur le territoire français, que s'est posée la

(1) Voy. l'arrêt du 14 nov. 1864, cité à la note précédente.
(2) Voy. le rapport de la commission (Dall., 1857, part. IV, p. 77 et 78).

question sur laquelle a statué la loi de 1857. Le droit et l'usage sont fixés désormais en termes généraux : les sociétés en question peuvent *ester en justice,* c'est-à-dire plaider devant les tribunaux français soit comme demanderesses, soit comme défenderesses. Il n'y a plus à distinguer ici comme à l'égard des sociétés étrangères non habilitées (*suprà,* nos 1871 et 1872) : étant capables d'opérer en France, elles sont justiciables des tribunaux français, devant lesquels elles peuvent être appelées à défendre, de même que, à l'inverse, elles y peuvent appeler, comme demanderesses, les débiteurs français qu'elles auraient pour obligés. Et comme en les habilitant à agir la loi suppose nécessairement ou leur reconnaît d'une manière implicite le caractère de personne morale dont elles sont revêtues à l'étranger, il en résulte que, soit en défendant, soit en demandant, elles esteront valablement en justice par la personne des gérants, des directeurs ou des administrateurs, auxquels serait confiée la mission de conduire les opérations sociales et de représenter la société (1). — Ajoutons, d'ailleurs, que, dans le cas où elles plaideraient comme demanderesses, elles ne seraient que très-exceptionnellement tenues de fournir la caution *judicatum solvi* exigée du demandeur étranger pour le payement des frais et dommages-intérêts résultant du procès. C'est qu'en effet les contestations par elles engagées seront à peu près exclusivement commerciales. Or, aux termes de la loi, la caution n'est pas due dans les matières de commerce (C. civ., art. 16). Ce serait donc seulement dans les cas où les sociétés étrangères, personnes morales, plaideraient comme demanderesses en toutes autres matières que celles de commerce qu'elles auraient à fournir la caution *judicatum solvi,* comme aurait à la fournir tout demandeur étranger.

1878. Les sociétés habilitées à exercer tous leurs droits en France, et aussi celles qui n'ont pas besoin de l'autorisation du gouvernement français pour les y exercer, ne jouissent de cette faculté que sous la condition, précisée par la loi elle-même et par les décrets d'autorisation, « de se conformer aux lois de l'empire. » Interprétés par la commission du Corps législatif, ces mots ne comporteraient pas d'exception. Ils devraient « être maintenus comme une confirmation de ce grand principe que *nos lois* régissent en même temps qu'elles protégent tous les individus, nationaux ou étrangers, qui vivent ou viennent se placer volontairement sous leur protection. Il faudrait les entendre, comme les entendait lui-même un des hommes éminents de la Belgique, *dans leur sens le plus large et le plus étendu;* il faudrait les maintenir aussi pour que leur absence ne permît à personne, et surtout aux sociétés anonymes étrangères, de s'en croire affranchi. » (2) Toutefois, cette explication de la formule, elle-même trop large, de la loi ne doit pas

(1) Jugé qu'une société anonyme étrangère est valablement assignée par un exploit adressé au siége social, en la personne de plusieurs membres du conseil d'administration, en leur qualité d'administrateurs délégués et spéciaux représentant la compagnie. Req., 9 juin 1873 (Dall., 74, 1, 15).

(2) Dalloz (*loc. cit.,* p. 78).

être prise à la lettre. Il est évident que, déjà soumises aux lois de leurs pays, les sociétés étrangères ne sauraient à tous égards être assujetties par surcroît à celles qui régissent nos sociétés françaises.

1879. Par exemple, les règles établies par les lois en France, relativement à la constitution même des associations commerciales, industrielles ou financières, ne sont certainement pas imposées aux sociétés étrangères; il ne peut, à cet égard, leur être demandé, en France, que d'être valablement constituées suivant la législation du pays où elles ont pris naissance.

Ainsi, quant à la preuve, s'agit-il d'établir devant nos tribunaux l'existence du contrat de société passé à l'étranger, il faudra s'en référer aux modes de preuve reconnus par la loi du pays dans lequel il est prétendu que la société s'est formée (1). Dès lors, pour les sociétés d'un pays où elles peuvent n'être pas constatées par écrit, les simples témoignages seront admis par nos tribunaux, et, pour celles qui, aux termes de leur loi nationale, doivent être constatées par acte authentique, l'acte sous seing privé sera considéré comme insuffisant (2).

S'agit-il de la publicité, c'est également par la loi de leur pays que les sociétés étrangères restent régies. « Il suffit, dit M. Fœlix, que les formalités prescrites pour la publicité de l'acte de société dans le lieu du siége de la société aient été remplies; l'accomplissement d'autres formalités ne saurait être requis, et il ne suppléerait pas à l'inobservation des premières. » (3) Donc, les sociétés des pays qui ont bénéficié en France de la loi du 30 mai 1857 ne sont nullement soumises aux formalités de publicité imposées par la loi à nos sociétés françaises. Et cela est vrai même pour les sociétés étrangères qui ont chez nous de véritables succursales. « La publicité des sociétés, dit très-exactement M. Lyon-Caen, consiste dans un ensemble de formalités qui, en vertu de la règle *locus regit actum,* ne peuvent être imposées qu'aux sociétés constituées en France. » (4)

1880. S'agit-il, enfin, des conditions de fond, des conditions intrinsèques, auxquelles la loi subordonne la constitution définitive de nos sociétés par actions, il est de même certain que les sociétés étrangères ne sauraient être tenues de s'y soumettre. La loi de 1857, en substituant à la garantie qui résulte de l'observation de ces conditions celle de l'autorisation générale par décret rendu en conseil d'État, a virtuellement affranchi les sociétés étrangères des règles spéciales dont l'observation s'impose à nos sociétés par actions. Donc, les dispositions de nos lois qui prescrivent la souscription du capital social en entier, le versement du quart de chaque action souscrite, la vérification et l'approbation des apports autres qu'en numéraire et des avantages particuliers, un montant minimum des actions ou coupons d'actions émis, le maintien des actions en la forme nominative jusqu'au jour où l'accom-

---

(1) Voy. M. Fœlix (*Traité du droit intern. privé,* t. I, nos 30 et suiv., 87 et suiv.).
(2) *Comp.* M. Lyon-Caen (*op. cit.*, n° 44).
(3) Voy. M. Fœlix (*op. cit.*, t. II, n° 311).
(4) Voy. M. Lyon-Caen (*op. cit.*, n° 45).

plissement des conditions requises permet de les convertir en titres au porteur, etc., ne régissent en aucune manière les sociétés étrangères de capitaux habilitées à exercer tous leurs droits en France et à y ester en justice. Ces prescriptions peuvent sans doute et doivent être considérées comme d'ordre public; mais elles ne sont telles que pour nos sociétés françaises, et ne concernent pas les sociétés étrangères, à l'égard desquelles la loi française a pris d'autres sûretés.

D'après la jurisprudence, cela doit s'entendre même des sanctions pénales édictées par la loi française, spécialement par les art. 13, 14 et 15 de celle du 24 juillet 1867, pour infraction aux règles touchant la constitution et le fonctionnement de nos sociétés par actions (*suprà*, n° 1313). La solution, il est vrai, est assez généralement contestée en doctrine. « Il serait par trop commode, disent les auteurs, de créer au delà de nos frontières des sociétés dont la forme déjouerait toutes les précautions de notre loi, et qui, impuissantes à recueillir leur capital sur le sol étranger où elles seraient nées, inonderaient notre marché de titres contraires à l'art. 1er (l. 24 juill. 1867), et réaliseraient aux dépens de nos nationaux les duperies que le législateur a voulu prévenir. » (1) Disons, toutefois, qu'en principe du moins, la solution de la jurisprudence est fondée. La loi française étant sans force ni autorité au delà de nos frontières, il est évident que les fondateurs ou représentants des sociétés étrangères ne sauraient être passibles des peines édictées par les dispositions précitées pour émission d'actions ou de coupons d'actions d'une société constituée à l'étranger contrairement aux prescriptions de la loi française, ou pour négociation d'actions ou de coupons d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions de cette dernière loi, etc. (2). Mais, d'un autre côté, nous le reconnaissons, il a été fait d'un principe en lui-même exact une application exagérée lorsqu'il a été jugé spécialement que la publication d'annonces mensongères, en vue d'obtenir en France des souscriptions aux actions d'une société en commandite ou anonyme, n'est réprimée par l'art. 15 de la loi du 24 juillet 1867 que lorsqu'il s'agit de souscriptions aux actions de sociétés françaises et non de sociétés étrangères (3). Le fait imputé, dans l'espèce, avait avec l'escroquerie une telle analogie qu'on a de la peine à comprendre l'immunité dont a joui l'agent, d'autant plus que cet art. 15 lui-même, en édictant contre les publications mensongères de souscriptions les peines portées par l'art. 405 du Code pénal, réserve expressément l'application de ce dernier article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie. — En définitive, s'il est vrai que les sanctions pénales des art. 13 et suivants de la loi de 1867 ne doivent pas être appliquées à ce qu'il peut y avoir dans la constitution des sociétés étrangères de contraire aux prescrip-

(1) Voy. MM. Mathieu et Bourguignat (n° 128). *Junge* : MM. Alauzet (nos 510 et 511), Dolez (p. 342 et 347), Ameline (*Rev. prat.*, t. XXIV, p. 458).

(2) Voy., en ce sens, M. Bédarride (n° 267).

(3) Voy. Paris, 13 juin 1872 (S.-V., 72, 2, 96; *J. Pal.*, 1872, p. 471; Dall., 72, 2, 164).

tions de la loi française que l'étranger n'est pas tenu de respecter, n'étant même pas obligé de la connaître, il est vrai aussi que pour tout ce qui, dans le fonctionnement en France de la société étrangère, constituerait des manœuvres frauduleuses susceptibles de tromper le public et d'atteindre les nationaux dans leur fortune, les agents ne sauraient échapper à toute répression à la faveur de l'extranéité de la société.

1881. Mais si à ces divers points de vue les sociétés étrangères sont soustraites à l'empire de la loi française, il n'est pas douteux, cependant, qu'elles y restent soumises à certains égards. On a vu, par ce qui précède, qu'il convient d'abord de leur faire l'application des art. 14, 15 et 16 du Code civil (1). Ajoutons, ce qui d'ailleurs ne peut faire difficulté, qu'elles sont obligées de se conformer aux lois qui régissent la propriété immobilière (C. civ., art. 3) et aux lois de procédure. La Cour de Paris a jugé en ce sens que les sociétés anglaises qui veulent plaider en France sont tenues de se soumettre aux lois de procédure et de compétence françaises (2). D'un autre côté, elle a décidé que les tribunaux français sont incompétents pour statuer sur la demande formée par un Français contre une société étrangère dont il a fait partie, alors que les statuts de cette société portent que toute contestation entre le conseil d'administration et un ou plusieurs de ses membres devra être soumise à des arbitres qui seront nommés et procéderont dans les formes prescrites par la loi étrangère (3); en quoi, donnant effet à la clause compromissoire proscrite chez nous par la jurisprudence comme incompatible avec l'art. 1006 du Code de procédure, elle n'a pas tenu compte de l'art. 14 du Code civil, qui consacre le droit pour le Français de traduire devant les tribunaux de France l'étranger pour les obligations que celui-ci a contractées envers lui. Mais c'est que le Français peut toujours renoncer au bénéfice de ce dernier article (4). Or, la Cour a justement considéré que, dans l'espèce, il avait par avance manifesté l'intention formelle d'y renoncer, en se soumettant aux dispositions de statuts contenant la clause compromissoire.

1882. Sont également de plein droit applicables aux sociétés étran-

---

(1) Jugé que l'art. 59, n° 7, qui attribue juridiction au tribunal de la faillite, ne déroge pas à la disposition générale de l'art. 14 du Code civil, et spécialement que les créanciers français d'une société étrangère, tombée en faillite ou mise en liquidation, conservent toujours le droit de l'actionner devant les tribunaux français. Req., 12 nov. 1872 (S.-V., 73, 1, 17; *J. Pal.*, 1873, p. 24).

(2) Voy. Paris, 7 mai 1870, rapporté dans les recueils avec un arrêt de la chambre des requêtes du 14 février 1872 (Dall., 72, 1, 244; *J. Pal.*, 1872, p. 846; S.-V., 72, 1, 321).

(3) Voy. Paris, 11 janv. 1865 (*J. Pal.*, 1866, p. 598; Dall., 65, 2, 188; S.-V., 66, 2, 147). — Voy. cependant Paris, 8 nov. 1865 (*J. Pal.*, 1866, p. 476; S.-V., 66, 2, 147).

(4) Nous renvoyons notamment à deux arrêts de la chambre civile du 24 août 1869 (S.-V., 70, 1, 201; *J. Pal.*, 1870, p. 507), aux termes desquels la clause des statuts d'une société étrangère par laquelle les actionnaires élisent domicile dans le lieu du siége social et se reconnaissent, pour toutes les contestations sociales, justiciables des tribunaux du même lieu, est exclusive, en ce qui concerne ces contestations, de la faculté que les actionnaires français auraient de citer la société devant les tribunaux français, et emporte ainsi renonciation à s'en prévaloir.

gères les lois de police et de sûreté (C. civ., art. 3). Ainsi, il est hors de doute qu'une société étrangère ne saurait établir aucune manufacture en France sans se soumettre aux règlements de police concernant les établissements réputés insalubres, dangereux ou incommodes. Et il est également certain qu'elles ne pourraient exercer leurs droits en France et les faire valoir en justice si elles avaient un objet illicite ou contraire à ce qui est considéré chez nous comme d'ordre public. Tel serait le cas d'une association formée dans le but soit d'introduire en France des marchandises prohibées, soit même d'exercer la contrebande à l'étranger, de se livrer chez un peuple voisin à un commerce interlope (*suprà*, n° 43). Tel aussi le cas d'une société établie pour l'exploitation d'une maison de jeu, la loi budgétaire du 18 juillet 1836 ayant proscrit les jeux publics en France. L'une des chambres de la Cour de Paris a jugé cependant qu'une société, formée entre Français en pays étranger pour l'exploitation d'une maison de jeu dans un pays où les établissements de jeux publics sont tolérés, ne saurait être considérée comme illicite, sous le prétexte que les jeux publics seraient contraires à la morale universelle (1). La décision tient à une distinction, à notre avis contestable (*suprà*, n° 56), entre le cas où l'objet de la société étrangère serait contraire à un principe de morale absolue, et celui où il porterait atteinte à un principe d'ordre public pour notre pays seulement. Mieux pénétrée de la puissance des statuts personnels, et appréciant plus exactement la nature de la stipulation en question, une autre chambre de la même Cour a décidé, en thèse générale, que, même formée dans les conditions précisées, la société est nulle en France comme contraire à la loi française et à la morale publique, et, par suite, qu'elle ne peut donner lieu à aucune action devant les tribunaux français (2). C'est l'opinion que nous avons émise (*suprà*, n° 44); nous ne pouvons que la maintenir.

1883. Il en serait autrement de la société étrangère dont les statuts seraient contraires aux lois qui limitent, en France, le taux de l'intérêt, spécialement à la loi du 3 septembre 1807. Nous avons admis que le principe de la limitation en maximum du taux de l'intérêt de l'argent n'a pas la valeur d'une règle de justice absolue à laquelle les juges français seraient tenus de se conformer relativement aux contrats passés en tous lieux et à l'égard des plaideurs de toute nationalité (3). En conséquence, nous admettons que les obligataires ou les actionnaires pourraient poursuivre devant les tribunaux français le payement de lots ou d'intérêts promis par une société étrangère dans une mesure excédant

---

(1) Voy. Paris, 22 févr. 1849 (S.-V., 49, 2, 144; Dall., 49, 2, 105; *J. Pal.*, 1850, t. I, p. 137). — Voy. aussi MM. Lyon-Caen (n° 43), Ch. Ballot (*Rev. de droit franç.*, t. VI).

(2) Paris, 31 mars 1849 (S.-V., 49, 2, 464; *J. Pal.*, 1850, t. I, p. 137; Dall., 49, 2, 214).

(3) Voy. *Petits Contrats* (t. I, n° 270) et les autorités citées en note. *Adde :* Chambéry, 12 févr. 1869 (*J. Pal.*, 1870, p. 91; S.-V., 70, 2, 9), et MM. Aubry et Rau (4e édit., t. I, p. 205, et t. IV, p. 606), Lyon-Caen (n° 51). — Voy. cependant MM. Bertauld (*Quest. prat.*, t. I, p. 37 et suiv.), Lescœur (n° 163).

notre taux légal. Ceci a été virtuellement reconnu par la Cour de cassation dans une espèce où la société étrangère excipait d'une clause de ses statuts qui lui donnait le droit de vendre les actions des souscripteurs en retard de verser leur mise, et de s'approprier l'intégralité du prix, fût-il supérieur à la somme due par l'actionnaire. Le souscripteur français contre lequel la société avait usé du droit réservé par ses statuts prétendait que, débiteur d'une somme d'argent, il ne pouvait être condamné qu'à cette somme et aux intérêts suivant le taux légal, et que la clause de déchéance qui l'exposait à subir une perte plus considérable, étant contraire à un principe d'ordre public en France, ne devait pas être appliquée par la justice française au détriment d'un Français. Mais, sans s'arrêter à ce système de défense, la Cour de cassation a jugé que la société, en réglant par ses statuts le mode de résolution des conventions passées avec ses souscripteurs, avait pu stipuler une clause pénale qui n'était que la compensation des dommages-intérêts auxquels cette résolution devait donner lieu, et que les juges du fond, en décidant que la déchéance stipulée n'était en opposition avec aucun principe d'ordre public, n'avait violé ni l'art. 1153 du Code civil, ni la loi du 3 septembre 1807 (1).

1884. Enfin, et manifestement, les sociétés étrangères sont soumises aux lois édictées pour elles et qui les visent spécialement. Ainsi en est-il d'abord des lois et décrets relatifs à la négociation des valeurs étrangères. Ces lois, d'après leur texte, concernent particulièrement les compagnies de chemins de fer construits en dehors du territoire français. Mais, en fait, elles sont appliquées aux titres émis même par les autres sociétés étrangères (2). Elles concernent la négociation des titres à la Bourse de Paris et dans les Bourses départementales.

Aux termes de l'art. 1er du décret du 28 mai 1852 qui règle ce point, la négociation est soumise aux lois et règlements applicables à la négociation des valeurs françaises de même nature, et, en outre, aux conditions exprimées dans les articles suivants :

« ART. 2. Ces compagnies doivent justifier qu'elles sont constituées conformément aux lois des pays où elles se sont formées. — A cet effet, elles remettent au ministre des finances, et à la chambre syndicale des agents de change, des copies authentiques : — 1° des actes de l'autorité publique qui ont approuvé leur formation et les ont autorisées, soit par voie de concession, soit autrement, à construire un ou plusieurs chemins de fer ; — 2° des statuts, des cahiers des charges, et en général de tous les documents qui ont réglé ou modifié leurs conditions d'existence.

» ART. 3. Les compagnies sont tenues de justifier que leurs actions,

---

(1) Voy. Req., 14 févr. 1872 (*J. Pal.*, 1872, p. 846 ; S.-V., 72, 1, 321 ; Dall., 72, 1, 244).

(2) Voy. M. Lyon-Caen (p. 136, à la note). Des auteurs estiment, au contraire, que le droit commun, tel qu'il est établi par la loi du 30 mai 1857, subsiste pour les sociétés étrangères autres que les compagnies de chemins de fer. Voy. notamment M. Lescœur (n° 167).

ainsi que leurs obligations, si elles en ont émis, sont cotées officiellement dans le pays auquel les chemins de fer appartiennent.

» Art. 4. Les actions ne peuvent être de moins de 500 francs. Toutes celles qui ont été émises doivent être libérées jusqu'à concurrence *des sept dixièmes* (1). — Elles ne sont portées sur la partie officielle du cours authentique des Bourses françaises que lorsqu'elles ont donné lieu, en France, à des opérations publiques assez nombreuses pour que leur cours puisse être apprécié.

» Art. 5. Les obligations peuvent être négociées et cotées en France, lorsque le capital social, ou la partie de ce capital représentée par les actions, aura été intégralement versé, et que l'émission en France de ces obligations aura été autorisée par les ministres des finances et de l'agriculture, du commerce et des travaux publics.

» Art. 6. *Dispositions générales.* Il est interdit à tout agent de change de prêter son ministère à la négociation des valeurs des compagnies étrangères avant qu'elles aient été admises à être négociées par la chambre syndicale des agents de change. — Il est également interdit, avant que cette admission ait été prononcée, de publier, soit le cours de ces valeurs en France, soit l'annonce de souscriptions ouvertes en France aux actions et obligations des compagnies étrangères. »

1885. En outre, il y a dans la législation fiscale une série de dispositions qui s'imposent aux sociétés étrangères, dont les valeurs ont été autant que possible assimilées, au point de vue de l'impôt, aux valeurs françaises, afin que celles-ci fussent en mesure de soutenir la concurrence sans trop de désavantage. Citons, notamment, la loi du 23 juin 1857, dont l'art. 9, statuant sur l'impôt du timbre et le droit de transmission, dispose que « les actions et obligations émises par les sociétés, compagnies ou entreprises étrangères, sont soumises, en France, à des droits équivalents à ceux qui sont établis par ladite loi et par celle du 5 juin 1850 sur les valeurs françaises, et ne pourront être cotées et négociées en France qu'en se soumettant à l'acquittement de ces droits (2). Citons encore la loi du 29 juin 1872, qui, indépendamment des droits de timbre et de transmission édictés par les lois précédentes, a établi une taxe annuelle et obligatoire sur le revenu des valeurs mobilières. Après avoir réglé l'application de l'impôt aux valeurs des sociétés françaises, cette loi ajoute, art. 4 : « Les titres étrangers ne pourront être cotés, négociés, exposés en vente ou émis en France, qu'en se soumettant à l'acquittement de la taxe ainsi que des droits de timbre et de transmission. Un règlement d'administration publique fixera le mode d'établissement et de perception de ces droits, dont l'assiette pourra

---

(1) Modifié, par le décret du 16 août 1859, ainsi qu'il suit : « Les actions ne peuvent être de moins de 500 francs. Toutes celles qui ont été émises doivent être libérées jusqu'à concurrence *des deux cinquièmes*. »

(2) Voy., dans le décret du 17 juillet 1857, portant règlement pour l'exécution de la loi du 23 juin 1857, l'art. 10, qui fixe le mode d'établissement et de perception de ces droits de timbre et de transmission auquel sont assujetties les valeurs étrangères.

reposer sur une quotité déterminée du capital. Le même règlement déterminera les époques de payement de la taxe, ainsi que toutes les autres mesures nécessaires pour l'exécution de la loi. » L'art. 3 du décret annoncé par la loi (6 décembre 1872) applique aux sociétés étrangères dont les titres sont cotés et circulent en France les mesures adoptées pour les sociétés françaises quant au lieu et aux époques de payement du droit; et puis il ajoute : « La taxe sur le revenu, pour les titres cotés à la Bourse ou émis en France, est assise sur la même base que les droits de timbre et de transmission; elle est détermiuée en la forme prévue au règlement d'administration publique du 24 mai 1872 (1). Les sociétés, compagnies et entreprises étrangères dont les titres ne sont pas cotés, mais qui ont pour objet des biens meubles ou immeubles situés en France, doivent la taxe sur le revenu, à raison des valeurs françaises qui en dépendent, et acquittent cette taxe d'après une quotité du capital social, fixée par le ministre des finances, sur l'avis préalable de la commission instituée par le règlement ci-dessus indiqué. Elles doivent, à cet effet, faire agréer par le ministre des finances, avant le 1er décembre 1872 si elles existent actuellement, et, dans le cas contraire, avant toute opération en France, un représentant français personnellement responsable des droits et amendes. »

Il n'est pas de notre sujet de discuter les questions graves et nombreuses qu'à fait naître l'application de ces dispositions diverses. Sans nous y arrêter donc quant à présent, nous passons à la dernière partie de notre étude des sociétés commerciales.

TITRE TROISIÈME

DE LA DISSOLUTION, DE LA LIQUIDATION ET DU PARTAGE DES SOCIÉTÉS DE COMMERCE.

SOMMAIRE.

1886. Aperçu général et division.

1886. Nous avons suivi la société commerciale dans ses deux premières phases, sa formation et son fonctionnement; il nous reste à la prendre à sa phase dernière, la dissolution. De même que la société civile, la société commerciale peut prendre fin par des causes nombreuses et diverses. Et, à son égard aussi, la dissolution, quelle qu'en soit la cause, a pour effet immédiat de rompre les liens sociaux, et de mettre à la place de l'état de société créé originairement par la convention un état d'indivision ou de simple communauté, lequel doit cesser à son tour, et finit habituellement par la liquidation de la société dissoute et par le partage des bénéfices, ce qui est le but final vers lequel

(1) Fixation d'une quotité du capital social.

les parties tendaient en s'associant (C. civ., art. 1832). Ce dernier titre de notre étude est consacré à ces divers points, et sera par suite divisé en deux chapitres, lesquels auront pour objet : 1° les différentes manières dont finit la société commerciale, en d'autres termes, la dissolution et ses causes diverses; 2° les suites de la dissolution, c'est-à-dire la liquidation de la société dissoute et le partage de l'actif entre les ayants droit.

CHAPITRE PREMIER

DE LA DISSOLUTION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES ET DE SES CAUSES.

SOMMAIRE.

I. 1887. De même que dans les sociétés civiles, la dissolution, dans les sociétés de commerce, peut s'opérer de plein droit, ou être conventionnelle, facultative ou judiciaire.

II. 1888. *Dissolution de plein droit.* Elle a lieu : 1° par l'expiration du terme convenu entre les parties; — 1889. Ou par l'événement de la condition par elles prévue. — 1890. 2° Par la consommation de l'affaire : renvoi. — 1891. 3° Par la perte totale de la chose : effet de la perte partielle. — 1892. 4° Par la perte totale d'un apport. — 1893. *Quid* en cas de perte partielle? — 1894. 5° Par la mort de l'un des associés : la mort entraîne dissolution dans les sociétés en nom collectif. — 1895. *Quid* en ce qui concerne la commandite? — 1896. *Quid* dans les sociétés anonymes? — 1897. Dans les sociétés à capital variable? — 1898. Dans les associations en participation? — 1899. Du reste, les parties peuvent écarter cette cause de dissolution par une stipulation du pacte social. — 1900. 6° Par la mort du gérant : distinctions. — 1901. *Quid* de la mort d'un administrateur dans la société anonyme? — 1902, 1903. La révocation du gérant ou l'expiration de son mandat produirait-elle le même effet que sa mort? — 1904. L'absence n'est pas une cause de dissolution *ipso jure*. — 1905. *Quid* du mariage entre deux associés? — 1906. 7° Par l'interdiction, la déconfiture ou la faillite de l'un des associés. — 1907. Suite et applications. — 1908. Par qui la dissolution, pour une telle cause, peut être demandée. — 1909. De la faillite de la société elle-même : entraîne-t-elle dissolution?

III. 1910. *Dissolution facultative ou purement volontaire.* — 1911. Les sociétés commerciales peuvent se dissoudre par l'accord unanime des associés. — 1912. Exceptions relatives aux sociétés anonymes et aux commandites par actions. — — 1913. Elles peuvent aussi prendre fin par le changement de volonté de l'un des associés : renvoi.

IV. 1914. *Dissolution judiciaire, accidentelle ou motivée :* exposé. — 1915. Les causes constitutives du juste motif (*ex justâ causâ*) sont les mêmes que pour les sociétés civiles : renvoi. Mais certaines causes sont spéciales aux sociétés de commerce. — 1916. Causes établies : 1° par l'art. 18 de la loi du 24 juillet 1867 touchant les commandites par actions antérieures à cette loi; — 1917. 2° Par l'art. 38 de la même loi, relativement aux sociétés anonymes dont le nombre des associés est réduit à moins de sept; — 1918. 3° Par l'art. 37 pour le cas de perte des trois quarts du capital social : l'assemblée générale est réunie, à la diligence des administrateurs, pour statuer sur l'opportunité de la dissolution, sauf le droit pour tout intéressé de porter la question devant les tribunaux, si l'assemblée n'est pas réunie ou ne peut se constituer. — 1919. Les intéressés conservent-ils ce droit quand l'assemblée réunie et régulièrement constituée s'est prononcée pour la continuation de la société?

V. 1920. Transition à la question de savoir qui peut, dans les sociétés en commandite par actions, demander la dissolution : loi du 24 juillet 1867, art. 11. — 1921. Le conseil de surveillance ne peut la demander que conformément à l'avis de l'assemblée générale. — 1922. Il lui appartient seulement de provoquer la délibération de l'assemblée toutes les fois qu'il le juge convenable. — 1923. Mais ce sont les tribunaux qui, en général, statuent sur la dissolution. — 1924. Les associés ont le droit d'agir individuellement; ils peuvent aussi se syndiquer (art. 17).

VI. 1925. De la publicité en ce qui concerne la dissolution : renvoi.

I. — 1887. La loi commerciale ne s'est pas occupée de la dissolution des sociétés de commerce. Sauf quelques dispositions particulières de la loi du 24 juillet 1867, dans lesquelles sont relevés certains cas spéciaux (*infrà*, nos 1916 et suiv.), on ne trouve, ni dans le Code de commerce, ni dans les lois ultérieures, rien qui se rapporte à la matière de la dissolution. C'est donc l'un des points qui, conformément aux indications de l'art. 18 du Code de commerce, doivent être réglés par le droit civil, et spécialement par le chapitre IV du titre *Du Contrat de société*, c'est-à-dire par les art. 1865 et suivants du Code civil. Ces articles, expliqués dans notre commentaire des *Sociétés civiles* (*suprà*, nos 671 et suiv.), s'appliquent, en effet, sauf certaines modifications nécessaires, aux sociétés de commerce ou revêtues de la forme commerciale, lesquelles, dès lors, comportent des causes nombreuses et diverses de dissolution, les unes agissant par elles-mêmes et mettant fin *de plein droit* à la société, les autres conventionnelles et permettant de provoquer l'intervention de la justice si les parties ne s'entendent pas pour résoudre à l'amiable le contrat qui les lie. Nous avons à préciser ces causes : nous nous abstiendrons, bien entendu, de rentrer dans les explications déjà fournies; il suffira de les rappeler, en indiquant les dérogations ou les modifications qu'elles subissent dans leur application aux sociétés de commerce.

II. — 1888. *Dissolution de plein droit*. La société commerciale finit par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée (C. civ., art. 1865, n° 1). Il importerait peu, d'ailleurs, que l'entreprise, objet de la société, ne fût pas encore terminée. L'expiration du terme stipulé est une cause de dissolution distincte de celle qui résulte de la consommation de l'affaire et avec laquelle il importe de ne pas la confondre. Et, en effet, si, en s'associant pour une période de temps déterminée, les associés ont eu la pensée, non point de marquer le terme de leur société par une indication directe, mais simplement de fixer, par un calcul approximatif, ce que l'exécution de l'entreprise sociale exigerait de temps, c'est l'achèvement des travaux ou des opérations entreprises en commun qui seul romprait le contrat : la société pourrait alors finir soit avant, soit après le terme fixé, suivant que la durée arbitrée par les parties n'aurait pas été atteinte ou aurait été dépassée (*suprà*, nos 683 et suiv.). En toute hypothèse, au surplus, il dépendra des associés d'éviter la dissolution qui a pour cause l'expiration du terme stipulé; ils pourront toujours, s'ils y ont intérêt, recourir à la prorogation (*suprà*, nos 686, 1079 et suiv.).

1889. La dissolution par l'expiration du terme stipulé procède de l'intention présumée des parties; l'association est dissoute par cette cause, parce que les associés sont présumés avoir entendu qu'il en serait ainsi. Ils pourraient, par une manifestation expresse de volonté, substituer ou ajouter à cette cause de dissolution l'accomplissement de tel ou tel événement incertain, stipuler, par exemple, que la société sera dissoute *de plein droit* si les deux tiers du capital social viennent à être

perdus (1), si l'un des associés est placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire, etc. De telles stipulations sont protégées par le principe de la liberté des conventions; et comme elles n'ont rien de contraire à l'ordre public, il est permis de placer *l'événement de la condition* parmi les causes qui, de plein droit, opèrent dissolution de la société.

1890. Les sociétés commerciales finissent aussi, de plein droit, par *la consommation de l'affaire* dont nous parlions tout à l'heure. Lorsqu'elles ont été formées en vue d'une certaine affaire ou de certaines négociations déterminées, elles n'ont plus d'objet, et, par suite, elles doivent prendre fin dès que cette affaire ou ces négociations sont consommées. C'est dire que cette cause de dissolution a trait seulement aux sociétés dont l'objet se trouve circonscrit à une spécialité (*suprà*, nos 680 à 683).

1891. La société finit également par *l'extinction de la chose*. Ainsi, *la perte totale* de la chose, par exemple du vaisseau acheté pour une entreprise de transport, de l'usine exploitée en commun, entraînera de plein droit dissolution de la socité. — Quant à *la perte partielle*, elle produira le même effet si elle est d'une importance telle que la société, privée de ses moyens d'action, ne puisse plus agir et tendre vers le but que les parties se sont proposé. Mais, comme il y a là une question d'appréciation, question souvent fort délicate, la cause n'opérera pas de plein droit; la dissolution devra être prononcée judiciairement. Il n'en serait autrement que dans le cas ci-dessus indiqué (n° 1889), où il aurait été stipulé qu'advenant la perte de telle ou telle fraction du capital social, la société serait dissoute. Nous aurons, du reste, à revenir sur les effets de la perte partielle à propos de l'art. 37 de la loi du 24 juillet 1867 relatif aux sociétés anonymes (*infrà*, n° 1918).

1892. A côté de l'extinction de la chose, plaçons la perte de l'apport d'un associé, autre cause de dissolution prévue par le Code civil. Aux termes de l'art. 1867, « lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société, par rapport à tous les associés. — La société est également dissoute, dans tous les cas, par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans les mains de l'associé. — Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société. » Nous n'avons pas à revenir sur les controverses nombreuses auxquelles a donné lieu cette disposition complexe; elles ont été exposées en détail dans nos explications sur les sociétés civiles (*suprà*, nos 376 à 388, 695 à 698); il suffira de rappeler nos solutions.

(1) Voy. Grenoble, 11 déc. 1872 (Dall., 74, 2, 33; *J. Pal.*, 1874, p. 705; S.-V., 74, 2, 147). Mais, d'après cet arrêt, il ne suffit pas, pour réclamer la dissolution de la société, d'établir que le total des pertes successivement éprouvées par une succursale atteint la fraction stipulée, si ces pertes ont été chaque année compensées par des bénéfices sur l'ensemble des opérations de la société.

Et d'abord, l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'un corps certain et déterminé : la perte de la chose par cas fortuit entraînera la dissolution de la société seulement dans le cas où elle est survenue avant que la société ait acquis la propriété de la chose; l'associé, se trouvant alors sans sa faute dans l'impossibilité de réaliser sa mise, il est juste de rompre un contrat dont l'essence même est que chacune des parties apporte ou s'oblige à apporter quelque chose à la société. Mais il n'a été nullement dans la pensée du législateur de déroger par l'art. 1867 aux principes sur la transmission de la propriété, principes suivant lesquels cette transmission est, en règle générale, opérée par le seul effet du consentement. Dès lors, l'art. 1867, dans la disposition qui déclare la société dissoute par rapport à tous les associés, ne recevra son application que dans les hypothèses où, par exception, la propriété de l'apport ne passe pas à la société par le seul effet du contrat d'association. Que si, au contraire, la société devient propriétaire par suite de la seule obligation de donner qui pesait sur l'associé, la chose est désormais à ses risques, et vînt-elle à périr par cas fortuit même avant que la tradition matérielle en fût effectuée, la perte serait pour elle et n'aurait pas pour effet de rompre le contrat (*suprà,* n°s 376 et suiv.).

La chose a-t-elle été mise en commun, pour la jouissance seulement, par un associé qui en a gardé la propriété en ses mains, la perte totale de cette chose entraînera la dissolution, si la jouissance conférée à la société constitue un simple droit de créance semblable à celui du locataire ou du preneur; au contraire, elle laissera la société debout si la jouissance constitue un droit réel d'usufruit. En effet, c'est de l'impossibilité où se trouve l'associé de satisfaire à son obligation par suite du cas fortuit que naît la cause de dissolution. Or, cette cause existe évidemment dans la première hypothèse; elle ne se produit pas dans la seconde, puisque l'associé a rempli son obligation envers la société en la rendant titulaire du droit réel d'usufruit qu'il s'était engagé à lui conférer : les risques, désormais, sont à la charge de la société, qui, la chose venant à périr, sera dépouillée de son droit et n'en continuera pas moins d'exister (*suprà,* n°s 381 et suiv.).

Il en sera de même et à plus forte raison dans le cas où l'apport en jouissance serait attributif de propriété au profit de la société. Ainsi en serait-il de l'apport de choses qui se consomment, ou qui se détériorent en les gardant, ou qui sont destinées à être vendues, ou qui sont mises dans la société sur une estimation portée par un inventaire. Quoique apportées en jouissance, ces choses sont transmises à la société comme si elles avaient été mises en commun pour la toute propriété : *elles sont aux risques de la société,* porte l'art. 1851, § 2, du Code civil. Donc, si elles viennent à périr fortuitement pendant la durée de la société, le contrat n'en subsiste pas moins; la jouissance promise constituait une véritable propriété dont l'apport a été réalisé; c'est, dès lors, le cas de suivre la troisième disposition de l'art. 1867, aux termes de laquelle

« la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société. » (*Suprà,* nos 388 à 403.)

1893. Nous avons supposé jusqu'ici la perte *totale* d'un apport. Mais que faudrait-il décider si, au lieu de périr en totalité, la chose promise était perdue pour partie seulement, en supposant, d'ailleurs, que la perte ne dût pas retomber directement sur la société, par application de la théorie des risques? M. Pardessus, se plaçant dans l'hypothèse d'un apport *en jouissance* d'un corps certain et déterminé, estime qu'en cas de perte partielle de cet apport, « on pourrait, suivant les circonstances, ordonner, soit une diminution de la part de l'associé dans les bénéfices, soit la résolution même de la société. » (1) La même solution s'appliquerait, évidemment, au cas de perte partielle d'une chose que l'un des associés aurait promis d'apporter en pleine propriété et dont l'apport n'aurait pas été encore réalisé. Il est certain que la perte pourrait avoir pour effet de résoudre le contrat si elle était de telle importance que les parties ne se fussent pas associées si elles l'avaient prévue (2). Et, d'un autre côté, on peut admettre qu'elle donne lieu à une diminution de part dans les bénéfices, lorsqu'elle n'est pas telle qu'elle doive entraîner la résolution du contrat, par application de l'art. 1184 du Code civil. M. Alauzet est cependant d'un avis différent. « C'est, dit-il, par extension des règles établies à l'art. 1722 du Code civil, relatif au bail, que l'art. 1867 prononce la dissolution de la société, quand il y a perte totale de la chose dont la jouissance seule a été mise dans la société; mais cette assimilation est expressément écrite dans la loi; nous ne pensons pas que les juges fussent autorisés à appliquer également, quand la loi est muette, la seconde disposition de l'art. 1722, qui s'occupe de la perte partielle de l'objet loué; la perte partielle, selon nous, ne changerait rien aux conventions sociales et ne donnerait même pas lieu à une indemnité (3). » Sans doute, il faut reconnaître, avec l'auteur, qu'empêché par suite de force majeure ou de cas fortuit de remplir entièrement son obligation, l'associé ne devra pas être condamné à des dommages-intérêts envers ses coassociés; il est protégé ici, à la différence du cas d'éviction prévu plus haut (n° 270), par la disposition générale de l'art. 1148 du Code civil, aux termes duquel « il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit. » Mais il ne résulte en aucune façon, de là, que les coassociés doivent, par rapport au partage des bénéfices, rester, vis-à-vis de lui, dans les conditions originairement stipulées. En définitive, les parties se sont liées par un contrat synallagmatique. L'une d'elles peut donc, c'est de règle en un tel contrat, prétendre à la réduction de ses obligations, en raison de ce que l'autre n'aurait pas complétement accompli les

(1) Voy. M. Pardessus (n° 1054).
(2) Voy. MM. Demolombe (t. XXV, n° 498), Larombière (art. 1184, n° 40).
(3) Voy. M. Alauzet (n° 233).

siennes (1) ; et c'est en vertu de ce droit, et comme moyen équivalent, que les associés, dans notre espèce, demanderaient la diminution de la part de bénéfices de celui de leurs coassociés que la force majeure ou le cas fortuit empêche d'effectuer en entier l'apport par lui promis à la société. Ainsi, il s'agit, non point, comme le suppose M. Alauzet, de transporter arbitrairement l'art. 1722 du Code civil dans notre matière, mais uniquement d'appliquer une règle générale et de droit commun dont cet article lui-même est une des applications spéciales.

1894. La société finit également de plein droit, d'après l'art. 1865 du Code civil, *par la mort de quelqu'un des associés*. Cette cause de dissolution se justifie d'elle-même dans son application aux sociétés civiles, lesquelles sont incontestablement contractées *intuitu personæ*. La considération de la personne y étant dominante, et l'on peut dire constitutive, il va de soi que les associés soient déliés à l'instant même où le personnel de la société cesse d'être dans les conditions qui les avaient déterminés à s'associer. Aussi, nous l'avons vu dans le commentaire de l'art. 1868, la dissolution par la mort de quelqu'un des associés a-t-elle lieu quelle que soit, d'après la convention, l'étendue ou la durée de la société, et cela sans qu'il soit besoin, en principe, d'aucune notification (*suprà,* n[os] 701 et suiv.).

Quant aux sociétés commerciales, la règle comporte des distinctions qui tiennent à la nature même des choses et spécialement à la grande division des sociétés de commerce en sociétés de personnes et sociétés de capitaux. Ainsi, s'agit-il d'une association collective à capital fixe, la disposition de l'art. 1865, n° 3, sera de tous points et à tous égards applicable. Par suite, survenant le décès de quelqu'un des associés, la société finira immédiatement et de plein droit, fût-elle en deçà du terme fixé à sa durée. De même, en effet, que la société civile, la société en nom collectif à capital fixe est formée *intuitu personæ;* et, comme il a pour fondement même la considération de la personne, le contrat est rompu si, pendant qu'il est en cours d'exécution, la mort vient atteindre l'un quelconque des associés. C'est une conséquence nécessaire, à moins qu'elle ait été prévenue par la convention spéciale dont nous aurons bientôt à parler (*infrà,* n° 1899).

1895. Même solution pour les sociétés en commandite simple ou par intérêt. Elles seraient certainement dissoutes par la mort de l'un des associés solidaires et en nom, c'est-à-dire d'un commandité : à l'égard de ces associés, la société, d'après l'art. 24 du Code de commence, est en nom collectif. Et elles seraient également dissoutes par la mort de quelqu'un des associés bailleurs de fonds, c'est-à-dire d'un commanditaire. C'est que, dans la commandite simple ou par intérêt, le caractère personnel du contrat subsiste dans les rapports de tous les associés entre eux. La personne des commanditaires, lors de la formation de la société, est prise en considération aussi bien que celle des commandités. Car, s'il leur est interdit de s'immiscer dans la gestion,

(1) Voy. MM. Aubry et Rau (4e édit., t. IV, p. 95), Demolombe (t. XXIV, n° 544).

ils ont au moins un droit de contrôle et de conseil à la faveur duquel ils pourront exercer une salutaire influence sur la marche de l'entreprise sociale. Ils sont, d'ailleurs, liés à la société tellement que, placés sous la règle de l'art. 1861 du Code civil, ils ne peuvent se substituer un tiers sans le consentement de tous les autres associés, leurs parts d'associés étant incessibles de leur nature aussi bien que celle des commandités. On comprend donc que l'un d'eux venant à disparaître, le contrat soit rompu. C'est, au surplus, la solution généralement admise (1).

1896. Au contraire, dans les sociétés anonymes, sociétés essentiellement de capitaux, la mort d'un actionnaire ne saurait en aucune manière faire obstacle à la continuation de la société. Ici, les rapports de choses sont substitués aux rapports de personnes, en sorte que les changements qui peuvent survenir dans le personnel des associés sont sans aucune influence sur l'existence et la durée de la société. Il y a pourtant à réserver le cas où la mort de l'un des actionnaires aurait pour résultat de réduire à moins de sept le nombre des associés (*infrà*, n° 1917).

Ainsi en sera-t-il encore dans les sociétés en commandite *par actions :* de même que les sociétés anonymes et par les mêmes motifs, elles ne sauraient prendre fin par le décès d'un actionnaire.

1897. Ainsi encore d'une société à capital variable. L'art. 54 de la loi du 24 juillet 1867 dispose, en effet, qu'une telle société « ne sera pas dissoute par la mort de l'un des associés, et qu'elle continuera de plein droit entre les autres. » Disposition générale qui, la variabilité du capital étant stipulée, s'appliquera à toutes les sociétés quelle qu'en soit la nature, aux sociétés d'actionnaires anonymes ou en commandite, aussi bien qu'aux sociétés de personnes en nom collectif ou en commandite simple. Du reste, l'art. 54 n'est nullement impératif; les parties pourraient en écarter l'application par une clause expresse du pacte social.

1898. Enfin, restent les associations en participation. La Cour de Bordeaux décide que, dans les associations de l'espèce, le décès de l'un des associés n'est une cause de dissolution de la société qu'autant que cet associé était chargé d'un travail personnel qui ne pourrait plus être exécuté (2). C'est l'avis de quelques auteurs, d'après lesquels la société serait dissoute de plein droit, ou continuerait avec les héritiers suivant que l'associé décédé était chargé d'un travail personnel ou qu'il participait à l'association seulement par ses capitaux (3). Il paraît plus exact de dire que, sauf manifestation d'une volonté contraire, il y a lieu, même en cette dernière hypothèse, de considérer l'association comme dissoute, par application de l'art. 1865 du Code civil. Les associations

---

(1) Voy. MM. Pardessus (n° 1057), Bravard (*Soc.*, p. 257), Malepeyre et Jourdain (p. 299), Troplong (n° 888), Delangle (n° 644). — Voy., cependant, M. Alauzet (n° 237).

(2) Bordeaux, 29 juill. 1862 (S.-V., 63, 2, 34; *J. Pal.*, 1863, p. 863).

(3) Voy. MM. Pardessus (n° 1058), Delangle (n° 645). *Comp.* M. Alauzet (n° 239).

en participation sont soumises, en effet, aux règles générales du droit civil (*suprà*, nos 1773 et suiv.). Il y a, sans doute, des dérogations possibles ou même nécessaires; mais la règle de l'art. 1865 n'est pas de celles auxquelles il y a lieu de déroger. D'une part, la personne des participants inactifs a été certainement prise en considération pour la formation de la société. D'une autre part, de même que les commanditaires dans la commandite, ces participants sont liés à la participation, et ils ont le droit de surveillance (*suprà*, n° 1849). C'est autant qu'il en faut pour donner au contrat un caractère personnel et justifier l'application, en principe, de l'art. 1865 du Code civil.

1899. Ainsi, et en résumé, on voit que, sauf l'exception introduite par l'art. 54 de la loi de 1867 relativement aux sociétés à capital variable, ce sont, en général, les sociétés de personnes qui finissent par la mort de quelqu'un des associés. Mais ajoutons que, même dans ces sociétés, cette cause de dissolution peut être écartée par la volonté exprimée des parties, ou même virtuellement. — Elle est écartée virtuellement, par exemple, dans la commandite, lorsqu'il a été convenu que les commanditaires auront la faculté de céder leur droit à un tiers. Cette stipulation enlevant à la société le caractère de contrat formé *intuitu personœ*, on doit admettre que, survenant le décès d'un commanditaire, la société pourra continuer avec les héritiers. — Elle est écartée par la volonté expresse des parties lorsque, usant de la faculté concédée par l'art. 1868 du Code civil, les associés ont stipulé qu'en cas de mort de l'un d'eux, la société continuera avec son héritier ou seulement entre les associés survivants. Au premier cas, continuation de la société avec l'héritier du défunt, il y aura à rechercher quel est le sens et la portée du mot *héritier*, et la mesure dans laquelle la clause devra et pourra recevoir application, toutes questions déjà étudiées dans le commentaire de l'art. 1868 (*suprà*, nos 714 et 718). Au second cas, continuation de la société entre les associés survivants à l'exclusion des héritiers de l'associé prédécédé, ceux-ci, d'après le même article, « n'ont droit qu'au partage de la société eu égard à la situation de cette société lors du décès. » Sans revenir ici sur nos explications relativement à l'étendue de ce droit (*suprà*, nos 718 et suiv.), notons que, d'après la jurisprudence (1), il ne va pas jusqu'à autoriser les héritiers à prendre, du moins tant que dure la société, une part de ce fonds de réserve dont la formation est obligatoire dans les sociétés anonymes (l. 24 juill. 1867, art. 36), et simplement facultative dans les commandites (*suprà*, n° 1595).

1900. Dans le cas où il a été dérogé à l'art. 1865 par la stipulation qu'autorise l'art. 1868, et aussi dans les sociétés à capital variable relativement auxquelles la loi elle-même consacre la dérogation, la société subsistera nonobstant la mort d'un associé, cet associé fût-il chargé de la gérance. La mort du gérant n'aura pas d'autre effet que de remettre les choses dans l'état où elles étaient avant sa nomina-

(1) Voy. Dijon, 22 janv. 1877 (Dall., 79, 2, 73).

tion, en sorte qu'il y aura simplement à pourvoir à la gestion suivant le mode ou les règles propres à chaque espèce de société. Est-ce à dire que, dans les autres cas, la mort du gérant entraînerait de plein droit dissolution de la société? Non : il faut distinguer. La société serait dissoute *ipso jure,* sans doute, s'il s'agissait d'un gérant statutaire auquel les associés ont entendu, comme condition de leur adhésion, remettre la conduite de l'affaire sociale, sauf, bien entendu, le droit qu'ils auraient de remplacer le gérant décédé s'ils étaient tous, et *sans aucune exception,* d'accord pour le choix du successeur. Mais s'il s'agissait d'un gérant nommé par un acte postérieur au contrat de société, son décès ne ferait pas obstacle à la continuation de la société (*suprà,* n° 502).

1901. La même distinction ne saurait être appliquée, en matière de société anonyme, dans le cas de décès de l'un des administrateurs de la société. Aux termes de l'art. 25, § 3, de la loi du 24 juillet 1867, les administrateurs peuvent être désignés par les statuts, avec stipulation formelle que leur nomination ne sera pas soumise à l'approbation de l'assemblée générale. Ainsi nommés, les administrateurs sont bien des administrateurs statutaires. Et néanmoins leur décès n'entraînerait pas dissolution de la société. Car, aux termes de ce même article, ces administrateurs ne peuvent être nommés pour plus de trois ans. Les actionnaires ont donc dû prévoir qu'un moment viendrait où ils auraient à pourvoir au remplacement des administrateurs désignés ; et, par conséquent, ils ne sauraient prétendre qu'ils ont fait de leur administration la condition *sine quâ non* de l'existence de la société.

1902. Il en est de la révocation ou de la retraite du gérant comme de sa mort : si elle n'est pas toujours une cause nécessaire de dissolution (1), elle peut cependant avoir quelquefois pour effet de rompre immédiatement le contrat de société . nous nous référons, sur ce point, aux distinctions ci-dessus indiquées. Que si les fonctions du gérant prenaient fin naturellement par l'expiration du terme fixé à leur durée, il semble que la société subsisterait dans tous les cas.

1903. Ces divers points, du reste, sont controversés. Néanmoins, dans l'opinion d'après laquelle il ne faudrait pas voir dans le seul fait de la révocation un motif de rompre le contrat, il est admis que la retraite ou la révocation du gérant autoriserait les associés à demander, par application de l'art. 1871 du Code civil, la dissolution de la société sur le fondement, sinon de la révocation elle-même, au moins des causes qui l'auraient amenée. Quoi qu'il en soit, en présence de ces controverses, les intéressés agiront avec prudence en prévoyant, dans les statuts, le cas de révocation ou de mort du gérant, et en indiquant explicitement le parti qu'il y aurait à prendre soit dans l'une, soit dans l'autre hypothèse.

1904. On ne saurait, en principe, assimiler au décès l'absence dé-

(1) Voy. Req., 9 mai 1860 (S.-V., 60, 1, 621; Dall., 60, 1, 279; *J. Pal.*, 1860, p. 1125).

clarée d'un associé. Nous avons dit, et nous nous bornons à le rappeler, que l'absence par elle-même n'entraînerait pas de plein droit la dissoution de la société, et que seulement elle pourrait motiver une demande en dissolution dont les tribunaux auraient à apprécier le fondement (*suprà*, n° 707).

1905. Autrement en serait-il, d'après la jurisprudence, du mariage contracté entre deux personnes associées. Nous avons été d'avis que la société formée par deux époux entre eux, si elle n'est pas nécessairement valable, n'est pas nulle cependant, en principe et de plein droit, en ce que les époux ne sont pas, à raison de cette seule qualité d'époux, incapables de contracter ensemble une société pendant le mariage (*suprà*, n°s 37 et 38). Mais la jurisprudence est absolument contraire. Elle tient que la société contractée entre un mari et sa femme est radicalement nulle, comme inconciliable avec les droits dérivant de la puissance maritale, et comme portant atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1). Cela étant admis, il faut conclure que, le cas échéant où deux personnes associées viendraient à se marier, leur mariage aurait pour effet immédiat de mettre fin à la société formée entre elles avant leur union. Ainsi a-t-il été décidé, en effet, par un arrêt aux termes duquel une société civile ou commerciale ne pouvant exister entre époux, même séparés de biens, le mariage entre deux associés opère de plein droit la dissolution de leur société ; et cette dissolution est opposable aux tiers qui, postérieurement au mariage, ont traité avec l'un des associés dans l'ignorance de cet effet, en ce qu'il y a là, de leur part, une erreur de droit qui leur est imputable à faute (2).

1906. Enfin, l'art. 1865 du Code civil range parmi les causes susceptibles d'entraîner de plein droit la dissolution de la société l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés. C'est là une disposition qui, écrite en vue des sociétés civiles (*suprà*, n°s 721 et 730), régit les sociétés commerciales. Toutefois, elle n'est applicable que sauf les distinctions établies plus haut relativement au décès considéré comme cause de dissolution. La Cour de Paris a décidé que la règle d'après laquelle la société est dissoute spécialement par la faillite de l'un des associés est applicable *à toute société, quelle qu'en soit la nature* (3). La solution est inadmissible dans sa généralité.

1907. L'interdiction, judiciaire ou légale, la déconfiture ou la faillite, si elles ont pour effet de rompre le contrat à l'égard des sociétés formées en considération des personnes, ne sauraient avoir cet effet par rapport aux sociétés de capitaux, contractées en vue des choses seulement. Ainsi, la faillite d'un actionnaire serait évidemment sans influence sur l'existence d'une société anonyme ou d'une commandite par actions.

---

(1) Voy. les autorités citées *suprà*, n°s 37 et 38. *Adde:* Paris, 24 mars 1870 (S.-V., 71, 2, 71; *J. Pal.*, 1871, p. 292; Dall., 72, 2, 43).

(2) Dijon, 27 juill. 1870 (S.-V., 71, 2, 268; *J. Pal.*, 1871, p. 850).

(3) Paris, 5 janv. 1853 (S.-V., 54, 2, 341; *J. Pal.*, 1853, t. I, p. 685; Dall., 54, 5, 708).

Et, la faillite survînt-elle même avant que l'actionnaire eût complété le payement du montant de ses actions, la société n'en subsisterait pas moins, sauf à elle, si le syndic du failli ne libérait pas les actions, à exercer les droits qu'elle aurait, d'après ses statuts, contre les actionnaires en retard d'effectuer leurs versements.

Au contraire, les sociétés commerciales en nom collectif ou en commandite sont, comme les sociétés civiles, sous l'empire de l'art. 1865 du Code civil. Formées en vue et en considération des personnes et pour fonctionner entre parties qui se connaissent respectivement, ces sociétés ne sauraient subsister lorsque, par le fait de son interdiction ou de sa faillite, l'un de ceux avec qui elles se sont constituées est mis hors d'état de concourir à l'œuvre commune. Cela est vrai dans la commandite par intérêt, même quand l'associé, frappé d'interdiction ou tombé en faillite, est un commanditaire (1). Et il n'y aurait pas à excepter le cas où la mise était effectuée quand est survenue la faillite ou l'interdiction. Même en ce cas, l'événement n'en aurait pas moins pour résultat de modifier la situation primitivement établie; et cela suffit pour que nul ne puisse être tenu de continuer l'œuvre sociale avec un personnel dont la composition n'est plus celle en considération de laquelle la société s'était formée.

Mais, même constituée en nom collectif ou en commandite simple, la société ne serait pas dissoute pour cette cause si elle était à capital variable. Il y a dérogation à l'art. 1865 du Code civil, nous le rappelons, par la loi du 24 juillet 1867, dont l'art. 54 dispose que la société à capital variable « ne sera point dissoute par la mort, la retraite, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés. » Or, la disposition est générale; elle est, dès lors, applicable à toute société à capital variable, quel qu'en soit le type. Toutefois, il appartient aux parties de se placer, si elles le veulent, sous l'empire de l'art. 1865 du Code civil, en le stipulant dans le pacte social (*suprà*, nos 1768 et suiv.).

1908. Comme aussi les parties pourraient déroger par leurs conventions à l'art. 1865 du Code civil dans tous les cas où cet article est directement applicable. Sans doute, la cause de dissolution prise de la faillite ou de l'interdiction de l'un des associés agit de plein droit dans la pensée de la loi; mais ce n'est pas à dire qu'elle soit d'ordre public. Rien ne s'oppose donc à ce que les associés, dérogeant à la règle, stipulent qu'advenant la faillite ou l'interdiction de l'un d'eux, la société continuerait, néanmoins, entre les autres (*suprà*, n° 699). — Toutefois, si, à ce point de vue, la cause de dissolution est relative en quelque sorte, sous un autre rapport elle est absolue, en ce sens qu'elle peut être opposée par tous ceux qui y ont intérêt. Le point est controversé; mais nous l'avons discuté plus haut dans tous ses détails; il suffit donc ici de rappeler : quant à l'interdiction, que la cause de dissolution peut être opposée par tous les associés, sans excepter l'interdit lui-même

(1) Voy., cependant, MM. Pardessus (n° 1066), Alauzet (n° 249), Pâris (n° 873).

(*suprà*, n° 724); quant à la faillite, que tous les associés indistinctement, y compris le failli lui-même ou ses créanciers, sont en droit de prétendre que le contrat est rompu et qu'il n'y a plus désormais qu'à liquider la société (*suprà*, n° 730).

1909. Notons, en terminant sur la dissolution de plein droit, que la loi ne prévoit pas le cas où la société elle-même est déclarée en faillite. On s'est demandé d'abord si le fait est réalisable au moins en ce qui concerne les sociétés de capitaux et spécialement les sociétés anonymes. Quelques auteurs se sont prononcés pour la négative, estimant que lorsqu'une société anonyme fait de mauvaises affaires, il y a lieu nécessairement à une liquidation, laquelle, étant forcée, rendrait sans objet, et dès lors inutile, la déclaration de faillite. Toutefois, cette opinion est aujourd'hui à peu près abandonnée, et il est admis que, même en ce qui concerne les sociétés anonymes, la déclaration de faillite a sa très-grande utilité comme moyen de soustraire l'actif social aux poursuites individuelles (1). Toute société commerciale, à l'exception de la participation (*suprà*, n°s 1791 et suiv.), peut donc être déclarée en faillite.

Mais est-ce là une cause de dissolution, comme la faillite personnelle de l'un des associés? Oui, dit-on, la société, en ce cas, est dissoute de plein droit par application soit du n° 2, soit du n° 4, de l'art. 1865 du Code civil (2). Néanmoins, cet article n'est applicable ici ni dans l'une ni dans l'autre de ces dispositions. Il faut écarter d'abord le n° 2, qui indique l'extinction de la chose comme cause de dissolution : la faillite, en effet, n'implique pas nécessairement l'absorption du capital social; elle peut avoir pour cause une absence momentanée de valeurs disponibles, une gêne, des embarras purement transitoires. Quant au n° 4, il vise spécialement et exclusivement le cas de faillite ou de déconfiture *d'un associé*. Et si le contrat est rompu en ce cas, c'est que l'événement de la faillite de l'un des associés affecte le personnel, et qu'ainsi il atteint la société dans ses conditions constitutives. Or, il n'y a rien de cela lorsque la faillite est l'état de la société elle-même : c'est un malheur commun qui a pu entrer dans les prévisions de tous les associés, et qui doit d'autant moins constituer une cause extinctive qu'en définitive il maintient entre eux tous, bien loin de la détruire, l'égalité, qui était la condition même de leur association. Aussi la jurisprudence s'est-elle, avec raison, refusée à assimiler la faillite de la société, sous le rapport qui nous occupe, à la faillite d'un associé (3).

---

(1) Voy. Req., 14 juill. 1862 (S.-V., 62, 1, 938; *J. Pal.*, 1863, p. 1166); Paris, 27 nov. 1852, 21 juill. 1861 et 12 juill. 1869 (S.-V., 52, 2, 622; 71, 2, 233; *J. Pal.*, 1853, t. I, p. 619; 1871, p. 791). Voy. aussi MM. Alauzet (t. VI, n° 2434), Massé (*Droit comm.*, 3e édit., t. II, n° 1169) : ces deux auteurs s'étaient d'abord prononcés en sens contraire.

(2) Voy. notamment MM. Pardessus (n° 1060), Duranton (t. XVII, n° 471), Troplong (*Soc.*, n° 939), Persil (*Soc.*, p. 348 et suiv.). — Voy. aussi un arrêt de la Cour d'Amiens du 30 janv. 1867, rapporté avec Req. 21 juill. 1868 (Dall., 69, 1, 98).

(3) Voy. Rej., 9 mai 1854 (Dall., 54, 1, 203; *J. Pal.*, 1855, t. I, p. 437; S.-V., 54, 1, 673); Lyon, 3 juill. 1862 (Dall., 63, 2, 95; S.-V., 63, 2, 139); Paris, 12 juill. 1869 (S.-V., 71, 2, 233; *J. Pal.*, 1871, p. 791).

III. — 1910. Après cet examen des cas dans lesquels les sociétés prennent fin de plein droit, sans intervention de la justice, sans aucune manifestation de la part des associés, passons aux cas où les parties elles-mêmes rompent le contrat, à la dissolution facultative et purement volontaire.

1911. Comme tous les contrats consensuels, la société peut être rompue du consentement mutuel et unanime des associés. La loi ne le dit pas par rapport à la société spécialement; mais c'est une application de la règle générale écrite dans l'art. 1134 du Code civil, laquelle, applicable aux sociétés civiles (*suprà,* nº 674), est applicable également aux sociétés commerciales, au moins à celles dans lesquelles l'élément personnel a un rôle prédominant. Ainsi, on l'appliquera sans réserve aux sociétés collectives, et même aux commandites simples ou par intérêt qui, étant, à notre avis, de véritables sociétés de personnes, ne finiront *volontairement* avant leur terme que du consentement de tous les associés, commanditaires ou commandités.

1912. Mais relativement aux sociétés de capitaux proprement dites, la loi elle-même a fait certaines réserves. En ce qui concerne les sociétés anonymes, il y a l'art. 31 de la loi du 24 juillet 1867, d'après lequel les assemblées générales peuvent prononcer la dissolution, pourvu qu'elles soient composées d'un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social. Ainsi, la volonté de la majorité est substituée à l'accord unanime des actionnaires, et par là il est fait à la règle une dérogation qui s'explique, d'ailleurs, en ce que, dans les sociétés de l'espèce, il serait le plus souvent impossible, en fait, de réunir l'unanimité. — Par rapport aux commandites par actions, l'article 11 de la même loi dispose que « le conseil de surveillance peut convoquer l'assemblée générale, et, conformément à son avis, provoquer la dissolution de la société. » Ainsi, dans la pensée du législateur, l'assemblée générale est censée représenter l'opinion des actionnaires, l'opinion des capitaux, s'il est permis d'ainsi dire; d'où nous concluons que, la décision de l'assemblée générale fût-elle prise par la majorité seulement, il y aura accord de volontés suffisant à opérer dissolution de la société si, d'ailleurs, *tous* les associés en nom sans exception sont du même avis. Vainement opposerait-on que le législateur n'a pas donné à l'assemblée le droit de prononcer la dissolution (*infrà,* nºs 1920 et suiv.). En effet, l'art. 11 est évidemment conçu dans la pensée que l'élément personnel résiste et que la demande en dissolution est introduite contre lui. Or, nous supposons, dans notre espèce, que les associés en nom sont d'accord, au contraire, pour proposer à l'assemblée de mettre fin à la société.

1913. A la différence du consentement unanime, la volonté d'un seul ou de plusieurs a été prévue et rangée parmi les modes de dissolution. Aux termes de l'art. 1865, la société finit « par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société. » Mais, d'après l'art. 1869, « la dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés *dont la durée est illimitée,* et s'opère

par une renonciation notifiée à tous les associés, pourvu que cette renonciation soit de bonne foi, et non faite à contre-temps. » En nous référant à notre commentaire de cet article (*suprà*, nos 731 à 752), dont les dispositions régissent les sociétés de commerce aussi bien que les sociétés civiles, nous rappelons qu'il s'agit ici d'une cause de dissolution introduite par la loi dans un intérêt d'ordre public, d'où suit : d'une part, que les créanciers n'y peuvent pas renoncer par avance; d'une autre part, que toute société dont la durée est illimée peut finir par la volonté d'un seul ou de plusieurs, le capital social fût-il divisé en actions, à moins que les associés trouvent dans la cessibilité des actions un moyen assuré de sortir de la société et de recouvrer ainsi leur pleine et entière liberté.

IV. — 1914. Enfin, reste la dissolution accidentelle ou motivée, c'est-à-dire la dissolution pour cause légitime. D'après l'art. 1871, « la dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges. » La loi, on le voit, dispose spécialement en vue des sociétés à terme. Il s'agit encore là, sans doute, d'une dissolution *ex voluntate*, en ce que la société peut être dissoute et se rompre par l'effet de la volonté d'un associé; mais ce n'est plus la dissolution *ad nutum :* ici, la volonté ne peut être opérante qu'autant qu'elle s'appuie sur des motifs sérieux, qu'elle est justifiée, qu'elle procède d'une juste cause, *ex justâ causâ*. C'est en cela que les sociétés à terme diffèrent, au point de vue de la dissolution *ex voluntate*, de celles dont la durée est illimitée. La dissolution *ex justâ causâ* n'est pas nécessairement inapplicable à celles-ci; mais elle y est inutile, en général, puisque chaque associé peut rompre le contrat à toute époque, *ad nutum*, en exprimant la volonté de n'être plus en société. Au contraire, dans les sociétés à terme, ce dernier mode est inapplicable, et c'est seulement à la condition d'être *motivée* que la volonté d'un associé peut faire prononcer la dissolution de la société (*suprà*, n° 752). C'est aux tribunaux qu'il appartient de la déclarer, sauf une exception que nous préciserons tout à l'heure (*infrà*, n° 1918), et, d'après la jurisprudence, ils ont un pouvoir souverain en ce qui concerne l'appréciation des causes sur lesquelles la demande est fondée (1).

1915. Quant à ces causes, elles ne sont ni définies, ni limitées par la loi. L'art. 1871, on l'a vu, se borne à en signaler deux (le manquement par l'un des associés à ses engagements, et l'empêchement résultant d'une infirmité habituelle), sur lesquelles nous nous sommes ex-

(1) Voy. Req., 15 juin 1853 (*J. Pal.*, 1854, t. I, p. 599; S.-V., 53, 1, 700); 19 févr. 1873 (Dall., 73, 1, 368); 16 juin 1873 (S.-V., 73, 1, 386; *J. Pal.*, 1873, p. 952); 15 nov. 1876 (*J. Pal.*, 1878, p. 642; Dall., 78, 1, 24). *Comp.* Paris, 18 nov. 1874 (Dall., 77, 2, 141).

pliqué dans le commentaire des *Sociétés civiles* (*suprà*, nos 757 à 770); nous n'avons pas à y revenir, si ce n'est pour faire remarquer que ces causes, propres à faire prononcer la dissolution des sociétés commerciales de personnes, ne devraient pas, en général du moins, entraîner la dissolution des sociétés de capitaux; dans la plupart des cas, en effet, elles ne seraient pas susceptibles par elles-mêmes d'entraver dans sa marche le fonctionnement de ces sociétés. Quoi qu'il en soit, ces deux causes sont mentionnées dans l'art. 1871 à titre d'exemple seulement, et cet article est si peu rédigé dans une pensée restrictive, qu'en permettant de demander la dissolution avant le terme convenu lorsqu'il *y en a de justes motifs,* il ajoute aux deux cas indiqués, tous « autres cas semblables dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges. » Nous en avons cité de nombreux auxquels nous nous référons (*suprà*, nos 770 et suiv.). Mais, en outre, il y a, en ce qui concerne les sociétés de commerce, des causes spéciales de dissolution que la loi du 24 juillet 1867 a relevées dans ses art. 18, 37 et 38; il convient de les préciser.

1916. Aux termes de l'art. 18, « les sociétés antérieures à la loi du 17 juillet 1856, et qui ne se seraient pas conformées à l'art. 15 de cette loi, seront tenues, dans un délai de six mois, de constituer un conseil de surveillance, conformément aux dispositions qui précèdent. — A défaut de constitution du conseil de surveillance dans le délai ci-dessus fixé, chaque actionnaire a le droit de faire prononcer la dissolution de la société. » Il s'agit donc ici d'une cause de dissolution toute spéciale et propre aux sociétés en commandite par actions, dans lesquelles le conseil de surveillance, devenu obligatoire de facultatif qu'il était avant la loi de 1856, constitue l'un des rouages nécessaires de la société. La cause de dissolution est limitée même aux commandites par actions *antérieures à la loi de 1856*. L'art. 15 de cette loi avait imposé aux sociétés alors existantes, et qui n'avaient pas de conseil de surveillance, l'obligation de constituer ce conseil, et leur avait imparti un délai de six mois à partir de la promulgation de la loi. D'après le même article, le défaut de constitution du conseil dans le délai faisait naître une action en dissolution que chaque actionnaire avait le droit d'exercer, sauf, pour les tribunaux, la faculté d'accorder un nouveau délai, à raison des circonstances. Le législateur de 1867 aurait pu, sans doute, se montrer rigoureux envers les sociétés qui avaient laissé passer, sans se mettre en règle, les onze années écoulées depuis la loi de 1856; il aurait pu les placer sous le coup de l'art. 7 de la loi nouvelle qui déclare nulle et de nul effet, à l'égard des intéressés, toute société en commandite par actions constituée contrairement aux prescriptions des art. 1, 2, 3, 4 et 5, et, par conséquent, les sociétés de l'espèce dépourvues d'un conseil de surveillance. Toutefois, il ne s'est pas arrêté, dans une pensée de faveur, à cette sanction rigoureuse (nos 1028 et 1029); et, relevant de la déchéance encourue les sociétés antérieures à 1856 qui n'auraient pas satisfait à l'obligation, il leur a accordé un nouveau délai

de six mois pour régulariser leur position. Mais il a entendu qu'à défaut de constitution du conseil de surveillance dans ce délai, tout actionnaire aurait le droit de faire prononcer la dissolution de la société; et comme il n'a pas maintenu aux tribunaux la faculté d'accorder un nouveau délai à raison des circonstances, il s'ensuit que la dissolution étant demandée pour cette cause, les tribunaux ne pourraient en aucun cas surseoir, et seraient obligés de la prononcer.

1917. L'art. 38 de la même loi de 1867 relève une autre cause de dissolution qui, celle-ci, est spéciale aux sociétés anonymes. D'après l'art. 23, ces sociétés ne peuvent être constituées si le nombre des associés est inférieur à sept. L'infraction à cet article a sa sanction dans l'art. 41, d'après lequel « est nulle et de nul effet, à l'égard des intéressés, toute société anonyme pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des art. 22, 23, 24 et 25. » (*Suprà,* n° 1060.) Mais il se peut faire que, la société étant régulièrement constituée, le nombre des associés soit réduit après coup et tombe au-dessous de sept. L'art. 38, statuant dans cette prévision, dispose que « la dissolution peut être prononcée sur la demande de toute partie intéressée, lorsqu'un an s'est écoulé depuis l'époque où le nombre des associés est réduit à moins de sept. » La disposition, du reste, est empruntée à la loi du 23 mars 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, dont l'art. 21 était ainsi conçu : « La dissolution *doit* être prononcée, sur la demande de tout intéressé, lorsque six mois se sont écoulés depuis l'époque où le nombre des associés a été réduit à moins de sept. » Toutefois, deux différences sont à noter : d'une part, la loi actuelle porte à un an le délai qui était fixé à six mois par celle de 1863; d'une autre part, elle dispose que, dans le cas donné, la dissolution *peut* être prononcée, et, par là, elle rend facultative, dans ce cas, une dissolution qui, d'après la loi de 1863, était nécessaire.

1918. Enfin, aux termes de l'art. 37, écrit comme le précédent en vue des sociétés anonymes, « en cas de perte des trois quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de provoquer la réunion de l'assemblée générale de tous les actionnaires, à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société. La résolution de l'assemblée est, dans tous les cas, rendue publique. — A défaut par les administrateurs de réunir l'assemblée générale comme dans le cas où cette assemblée n'aurait pu se constituer régulièrement, tout intéressé peut demander la dissolution de la société devant les tribunaux. »

Et d'abord, pour qu'il y ait lieu à l'application de cet article, il faut que les trois quarts du capital social soient perdus. Il s'agit ici du capital *nominal exigible.* La commission du Corps législatif aurait voulu appliquer la disposition, en cas de perte des trois quarts du capital *réalisé ou obligatoire,* pour qu'il fût tenu compte de la faculté accordée par la loi de limiter, par les statuts, l'*obligation* des souscripteurs à la moitié du capital nominal de l'action. Elle proposait donc de modifier

la rédaction de l'art. 37 en ces termes : « En cas de perte des trois quarts du capital social, *dont le versement est réalisé ou obligatoire*, les administrateurs, etc... » Mais le conseil d'État repoussa cette rédaction, qui, du reste, n'a pas été défendue devant le Corps législatif (1).

Ensuite, c'est aux administrateurs qu'incombe le devoir de provoquer la délibération de l'assemblée générale des actionnaires ; ils engageraient donc leur responsabilité en ne la provoquant pas. Mais, en cas d'inaction de leur part, les commissaires élus conformément à l'art. 32, auraient certainement le droit d'agir, en vertu du deuxième paragraphe de l'art. 33, aux termes duquel « ils peuvent *toujours*, en cas d'urgence, convoquer l'assemblée générale » (*suprà*, n° 1659) : la perte des trois quarts du capital social crée assurément l'un de ces cas où il est urgent d'aviser. Et nous n'hésitons pas à penser que les commissaires, s'ils avaient connaissance de l'état des choses, pourraient prendre l'initiative, et convoquer l'assemblée, sans se préoccuper en aucune façon de l'attitude des administrateurs.

L'assemblée générale, saisie de la question, peut prononcer la dissolution : c'est évident, par la formule même de notre article, aux termes duquel l'assemblée est convoquée « à l'effet de statuer sur la question de savoir *s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société.* » Ainsi, la loi confère ici à l'assemblée des pouvoirs qui habituellement n'appartiennent qu'aux tribunaux (*suprà*, n° 1914). Ces pouvoirs, d'ailleurs, sont absolument discrétionnaires. On avait proposé dans la discussion un amendement aux termes duquel, « en cas de perte des trois quarts du capital social, la dissolution de la société aurait été de plein droit obligatoire. » L'amendement a été justement repoussé. « Sans doute, a dit la commission du Corps législatif, une société qui a perdu les troits quarts de son capital est bien près de sa ruine, et il est à craindre même, dans certains cas, que la liquidation, intervenant dans de telles conditions, ne laisse les tiers en face d'un déficit... Mais n'arrive-t-il pas, d'un autre côté, que des sociétés perdent en recherches stériles une partie considérable, les trois quarts de leur capital, avant d'atteindre le succès et la prospérité? Les condamner à une dissolution *de plein droit*, ne serait-ce pas une disposition imprévoyante et excessive?... » (2) Le parti le plus sage, celui auquel s'est arrêté le législateur, était évidemment de laisser l'assemblée générale des actionnaires juge de l'opportunité de la dissolution.

Enfin, soit que l'assemblée admette, soit qu'elle repousse la dissolution, sa résolution doit être rendue publique. C'est là, pour le cas du moins où la continuation de la société est décidée, une dérogation aux principes généraux. Mais la dérogation se justifie d'elle-même. Il importe à la sécurité des transactions que les tiers soient informés d'un fait aussi considérable que la perte du capital social jusqu'à concur-

(1) Voy. Tripier (*Comment. législ.*, t. I, p. 178, et t. II, p. 222).
(2) *Id.* (*ibid.*, t. I, p. 238 et 239).

rence des trois quarts. Le fait doit être publié, afin que les tiers avertis de l'état de la société avisent et sachent s'il leur convient de lui faire encore confiance et de continuer leurs relations avec elle.

1919. Dans son dernier paragraphe, l'art. 37 prévoit le cas où l'assemblée générale n'aurait pas été réunie par les administrateurs ou, ajouterons-nous, par les commissaires, et celui où l'assemblée n'aurait pas pu se constituer régulièrement : tout intéressé, en ces cas, peut s'adresser aux tribunaux, qui, appréciation faite de la situation, prononceront la dissolution si elle leur paraît nécessaire ou la repousseront. C'est le retour pur et simple, pour ces hypothèses, à la règle générale telle qu'elle est posée par l'art. 1871 du Code civil.

Mais on peut se demander si cette faculté qui appartient à tout intéressé, de s'adresser aux tribunaux dans les cas précités, leur appartient également dans le cas où l'assemblée réunie et régulièrement constituée s'est prononcée pour la continuation de la société nonobstant la perte des trois quarts du capital social. Nous le croyons pour notre part. De ce que la loi, pour donner aux associés un moyen plus facile d'arriver à la dissolution, a créé une procédure spéciale, il ne s'ensuit pas qu'elle ait entendu leur enlever le bénéfice de la règle commune, et particulièrement le droit que leur confère l'art. 1871 du Code civil. Seulement, il convient de remarquer que le tribunal, dans l'hypothèse, n'aura pas à statuer comme deuxième degré de juridiction : directement saisi de la demande de dissolution, il aura, non à réviser la décision de l'assemblée générale, mais à apprécier le fait et à juger en conséquence sans se préoccuper de cette délibération.

V. — 1920. Telles sont les causes spéciales de dissolution relevées dans la loi du 24 juillet 1867 relativement aux sociétés de commerce. Toutefois, il y a, dans la même loi, une autre disposition qui se rattache à notre matière : c'est celle de l'art. 11, qui, en même temps qu'il précise l'un des devoirs du conseil de surveillance dans les sociétés en commandite par actions, touche à la dissolution pour cause déterminée, et dont, à raison de cette dernière circonstance, le commentaire a été réservé pour cette partie de nos explications (*suprà*, n° 1513).

1921. D'après l'art. 11 de la loi actuelle, « le conseil de surveillance peut convoquer l'assemblée générale et, conformément à son avis, provoquer la dissolution de la société. » La loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions, à laquelle cette disposition est empruntée, avait dit dans son art. 9 : « Le conseil de surveillance peut convoquer l'assemblée générale. Il peut aussi provoquer la dissolution de la société. » En présence de ce texte, en apparence absolu, on pouvait prétendre, sous l'empire de cette dernière loi, qu'il appartenait au conseil de surveillance de s'adresser directement aux tribunaux, et, sans autre garantie que sa volonté propre, de leur demander de rompre le contrat. La doctrine, à la vérité, était absolument contraire à cette prétention, par ce motif qu'il appartient seulement au conseil de sur-

veillance d'éclairer, d'avertir, et que lui accorder le droit d'agir, ce serait le faire sortir de son rôle (1). Mais la prétention ne pourrait même pas se produire aujourd'hui, le texte nouveau ayant nettement précisé que le conseil de surveillance en doit d'abord référer à l'assemblée générale des actionnaires, qu'il ne doit agir que *conformément à l'avis de cette assemblée,* et, par conséquent, qu'il ne peut saisir la justice de la question de savoir si la société doit être dissoute qu'autant que l'assemblée générale l'y a spécialement autorisé. C'est sous cette condition qu'investi tout exceptionnellement d'un pouvoir sortant de ses attributions naturelles, le conseil de surveillance peut agir et intenter l'action en dissolution. Du reste, il n'y aurait nul obstacle à ce que l'assemblée générale, si elle l'aimait mieux, conférât ce pouvoir à des commissaires spéciaux qu'elle désignerait à cet effet.

1922. Mais le droit qui appartient d'une manière absolue au conseil de surveillance, le droit qui ne saurait ni lui être enlevé, ni même être restreint, est celui qui lui est accordé en première ligne par l'art. *11*, de convoquer l'assemblée générale et de l'appeler à délibérer sur la question de dissolution. Ce droit, dont le conseil, d'ailleurs, peut faire usage malgré l'opposition du gérant, n'a pas été limité non plus par la loi quant aux cas dans lesquels il peut être exercé. L'assemblée pourra donc être convoquée toutes les fois que le conseil de surveillance le jugera convenable. Dans la discussion de la loi, il avait été proposé par amendement d'ajouter à l'art. 11 les mots suivants : « dans tous les cas où cette dissolution aura été prévue par les statuts. » Ainsi, le conseil de surveillance n'aurait pas eu la faculté de convoquer l'assemblée en dehors des cas de dissolution prévus par les statuts. Mais l'amendement n'a pas été adopté par le conseil d'État, à l'avis duquel la commission du Corps législatif s'était ralliée (2). Et il a été vainement repris et énergiquement soutenu dans la discussion devant le Corps législatif. « On sait, a-t-on justement répondu, que souvent les statuts d'une société en commandite par actions sont acceptés sans qu'on en examine tous les détails. Donc, les cas de dissolution d'une société peuvent n'avoir pas été prévus ; les statuts peuvent contenir des oublis, des insuffisances, des erreurs, et il est juste qu'après que la société est constituée, le conseil de surveillance ait au moins la faculté de saisir les tribunaux (l'assemblée générale) de la question... » (3) Ces observations ayant paru décisives, il n'a pas été tenu compte de l'amendement. En sorte que le conseil de surveillance reste libre, mais sous sa responsabilité, de convoquer, quand il le juge à propos, l'assemblée générale pour qu'elle délibère sur la question de dissolution.

1923. Mais c'est aux tribunaux, et non à l'assemblée générale, qu'il

(1) Voy. MM. Bravard (*Soc. comm.*, p. 168), Romiguière (p. 112), Dalloz (n° 1223), Rivière (*Rép. écrit.*, p. 89), Vavasseur (n° 105).
(2) Voy. M. Tripier (t. I, p. 234).
(3) Observations de M. Forcade Laroquette, ministre du commerce et des travaux publics (*ibid.*, p. 583).

appartient, en principe, de prononcer la résolution; l'art. 11 de la loi de 1867 ne déroge pas, en ce point, à l'art. 1871 du Code civil (1). « La loi, a dit M. de Forcade la Roquette, donne à la fois au conseil de surveillance le moyen d'interroger les actionnaires, et, après les avoir interrogés, de se tourner vers la justice et de porter devant les tribunaux compétents l'action en dissolution. » (2) Sans doute, les statuts pourraient, par une stipulation expresse, réserver à l'assemblée générale le droit de prononcer la dissolution. MM. Mathieu et Bourguignat disent, en ce sens, que si le cas dont se prévaut le conseil de surveillance est prévu, et que, « d'après les statuts, il soit donné à l'assemblée générale de le reconnaître et d'y statuer à la majorité, la dissolution suivra naturellement le vote approbatif de cette majorité, rien dans la loi ne s'opposant à ce que la convention obtienne à ce sujet les résultats qu'elle a entendu obtenir. » (3) Mais, dans le silence des statuts, l'assemblée générale serait absolument incompétente pour statuer *de plano* (4) : elle peut bien trancher toutes les questions d'administration; il ne lui appartient pas de résoudre celles qui touchent à l'existence même du pacte social : celles-ci sont, aux termes de la loi, dans le domaine de l'autorité judiciaire (5). M. Bédarride paraît même supposer que le droit des tribunaux est exclusif et ne comporte même pas la distinction indiquée par MM. Mathieu et Bourguignat entre le cas où la demande en dissolution repose sur un fait prévu dans l'acte social, et celui où ce fait est nouveau et imprévu (6). Toutefois, ces auteurs supposent, on l'a vu, non pas seulement que le cas a été prévu, mais, en outre, que les statuts ont donné à l'assemblée générale le droit de le reconnaître et d'y statuer. Or, ceci suffit à justifier la solution : on ne peut pas, à moins de méconnaître le principe de la liberté des conventions, ne pas donner effet à cette dernière stipulation.

1924. Quoi qu'il en soit, on peut se demander ici, comme tout à l'heure à propos de l'art. 37 (*suprà,* n° 1919), quel serait l'effet de la délibération par laquelle l'assemblée générale, saisie de la question, déciderait qu'il n'y a pas lieu d'autoriser le conseil de surveillance à faire prononcer la dissolution. D'après plusieurs auteurs, cette délibération serait souveraine, en ce sens que la proposition de dissolution étant rejetée par la majorité de l'assemblée, ni la minorité, ni à plus forte raison un actionnaire individuellement, ne pourrait saisir la justice (7). Mais ici encore, comme à propos de l'art. 37, il est vrai de dire que la loi spéciale n'a nullement dérogé à l'art. 1871 du Code civil. C'est dans un intérêt d'ordre public que ce dernier article a ouvert à tout associé le droit de demander, d'ailleurs à ses risques et périls, la

(1) Paris, 20 mai 1869 (Dall., 70, 2, 13).
(2) Tripier (t. I, p. 599).
(3) Voy. MM. Mathieu et Bourguignat (n° 97).
(4) Voy. cependant MM. Bravard (*Soc. comm.*, p. 168) et Foureix (n° 172).
(5) Voy. MM. Alauzet (n° 507), Vavasseur (n° 150), Mathieu et Bourguignat (n° 97), Dolez (p. 317).
(6) Voy. M. Bédarride (n° 237).
(7) Voy. MM. Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 1234), Rivière (*Loi de 1867*, n° 113).

dissolution de la société pour cause légitime. Il faudrait donc, pour que ce droit fût enlevé aux associés par un vote de la majorité, un texte qui déclarât ou duquel il pût résulter que, même en ce point de la dissolution, la majorité lierait la minorité. Or, l'art. 11 de la loi de 1867 ne dit ni expressément ni virtuellement rien de semblable. Il faut donc reconnaître, du reste avec la généralité des auteurs (1), que, même quand l'assemblée générale refuse l'autorisation nécessaire pour former l'action en dissolution, les associés n'en ont pas moins le droit de former cette demande et de la porter devant les tribunaux, soit individuellement, soit en se syndiquant dans les termes et sous les conditions exigés par l'art. 17 ci-dessus expliqué (nos 1560 et suiv.).

VI. — 1925. La loi soumet la dissolution des sociétés de commerce, ou revêtues d'une forme commerciale, à la publicité requise pour leur formation. Toutefois, cette publicité n'est pas exigée pour tous les cas de dissolution. L'art. 46 du Code de commerce l'imposait pour « tous actes portant dissolution de société *avant le terme fixé pour sa durée par l'acte qui l'établit* »; et l'art. 61 de la loi du 24 juillet 1867, qui s'est substitué en ce point à la disposition précédente, l'a imposé de même «pour tous actes et délibérations ayant pour objet la dissolution *avant le terme fixé pour sa durée* et le mode de liquidation.» Mais l'obligation de publier la dissolution est-elle absolue tellement que les associés doivent y satisfaire quelle que soit la cause qui est venue mettre fin à la société? Cette question, dont l'examen aurait ici sa place, a été traitée par avance, avec toutes celles qui s'y rattachent, dans le titre relatif à la constitution des sociétés, où, pour ne pas scinder la matière, réglementée d'ensemble par le législateur lui-même, nous avons réuni tout ce qui a trait à la publication des actes de société et des modifications dont ils peuvent être l'objet (*suprà,* nos 1192 à 1210).

CHAPITRE II

DES SUITES DE LA DISSOLUTION.

1926. Aperçu général et division.

1926. La société étant dissoute par une cause quelconque, les associés aviseront, naturellement, à se partager les choses ou les valeurs originairement mises en commun, avec les bénéfices qui ont pu résulter de leur commune collaboration. C'est, selon l'expression même de la loi, la pensée qui a réuni les parties, le but vers lequel elles tendaient en s'associant (C. civ., art. 1832). Mais il est rare, sinon dans les sociétés civiles, au moins dans les sociétés de commerce, que la cause qui, plus ou moins inopinément, vient rompre le contrat, trouve la société dans un état tel qu'il soit possible de procéder immédiatement

(1) Voy. MM. Alauzet (n° 508), Vavasseur (nos 152 et suiv.), Ameline (nos 102 et 103), Bédarride (nos 239 et suiv.). *Comp.* Paris, 19 avr. 1875 (*J. Pal.*, 1876, p. 467; Dall., 75, 2, 101; S.-V., 76, 2, 113).

à un partage. Il peut rester des affaires commencées qu'il faut terminer; il y a ou il peut y avoir des dettes à éteindre, des créances à faire rentrer, des comptes avec les associés qu'il faut arrêter. De là presque toujours la nécessité d'opérations préliminaires dont l'ensemble constitue ce qu'en pratique on nomme *une liquidation,* et dont l'objet sera de dégager l'actif net de la société et de former ainsi la masse sur laquelle chacun des associés aura ensuite à prendre sa part. On voit, d'après cela, qu'à la suite et comme conséquence de la dissolution d'une société commerciale, il y a ou il peut y avoir deux opérations successives, dont la première, la liquidation, prépare la seconde, qui est le partage. Ce sera l'objet de deux sections distinctes; nous préciserons ensuite, dans une troisième section, les effets de la dissolution à l'égard des tiers, ce qui nous amènera à traiter de la prescription spéciale établie par l'art. 64 du Code de commerce.

SECTION PREMIÈRE

DE LA LIQUIDATION.

SOMMAIRE.

I. 1927. Objet de la liquidation; elle est facultative. — 1928. Elle peut être faite par les associés eux-mêmes procédant en commun. — 1929. Les difficultés inhérentes à ce mode de procéder, notamment pour les sociétés dont la durée s'est prolongée et dont le personnel est nombreux, ont fait substituer à l'action commune des associés l'action individuelle du liquidateur. — 1930. Caractère et condition de la société en liquidation : quoique dissoute, elle subsiste encore comme être moral pour les besoins de la liquidation. — 1931. Conséquence au point de vue des biens composant le patrimoine social. — 1932. Cependant, la liquidation crée une situation juridique nouvelle : applications. — 1933. De la liquidation en ce qui concerne les associations en participation et les sociétés annulées : renvoi. — 1934. Division.

II. 1935. *Du liquidateur.* Il est le représentant de la société. — 1936. Il la représente dans l'intérêt des créanciers sociaux.

III. 1937. Le liquidateur doit, en principe, être nommé par les associés : il peut être désigné d'avance dans l'acte de société. — 1938. *Quid* en ce qui concerne les associations en participation? — 1939... Et les sociétés anonymes? — 1940. Du cas où, le liquidateur étant désigné par le pacte social, la société vient à se dissoudre avant le terme fixé. — 1941. A défaut de désignation dans l'acte de société, le liquidateur est nommé, après la dissolution, par un acte spécial : l'unanimité des associés est nécessaire pour cette nomination. — 1942. En cas de désaccord, le liquidateur est nommé par les tribunaux; la nomination, toutefois, ne serait pas définitive, en ce sens que les associés pourraient s'entendre après coup, et d'un commun accord substituer un autre liquidateur à celui que la justice aurait désigné. — 1943. Il n'y a pas de liquidateur de droit. — 1944. Qui peut être nommé liquidateur. — 1945. Le liquidateur peut-il être révoqué? Distinctions. — 1946. Il ne serait pas révoqué de plein droit par la mort des associés de qui il tient son mandat. — 1947. Mais ce mandat cesse par la mort du liquidateur, son interdiction ou sa faillite; — 1948. Et par l'achèvement de la liquidation : conséquences. — 1949. Les créanciers sociaux peuvent-ils provoquer soit la nomination, soit la révocation du liquidateur?

IV. 1950. *Obligations du liquidateur à son entrée en fonctions.* Il doit faire inventaire et recevoir le compte du gérant. — 1951. Est-il tenu de fournir caution?

V. 1952. *Attributions et pouvoirs du liquidateur.* Ils ne sont pas renfermés dans les limites que l'art. 1988 du Code civil pose aux pouvoirs du mandataire général; les liquidateurs peuvent tout ce qui est nécessaire pour mener la liquidation à fin. — 1953. Suite et applications générales. — 1954. Le liquidateur a le pouvoir de donner les meubles ou les marchandises en nantissement; — 1955. De négocier les effets en portefeuille; — 1956. De vendre les créances à terme. — 1957. Peut-il vendre les immeubles sociaux? — 1958... Et les hypothéquer? —

1959. Peut-il transiger et compromettre? — 1960. En principe, il n'a pas le droit d'obliger la société par des emprunts : exceptions.

VI. 1961. *Rapports du liquidateur avec les tiers*. Il est le représentant de la société : conséquences. — 1962. Dans quelle mesure est-il tenu vis-à-vis des créanciers sociaux? — 1963. Pouvoirs extraordinaires du liquidateur vis-à-vis des débiteurs de la société. — 1964. De ses pouvoirs en matière judiciaire.

VII. 1965. *Rapports du liquidateur avec les associés*. Ils sont d'une double nature : — 1966. 1° Continuateur et représentant de l'être moral, qui subsiste pour la liquidation, le liquidateur peut agir contre les associés dans le cas où l'intérêt de ceux-ci est opposé à celui de la société; — 1967. Et réciproquement, les associés, s'ils sont créanciers de la société, peuvent agir contre le liquidateur. — 1968. Réserves en ce qui concerne la liquidation des participations. — 1969. Le liquidateur aurait qualité soit pour faire déclarer solidairement responsable, avec les gérants, le commanditaire qui se serait immiscé, soit pour exercer l'action en répétition de dividendes fictifs. — 1970. *Quid* en ce qui concerne l'action en responsabilité des membres du conseil de surveillance dans le cas de l'art. 9 de la loi de 1867? — 1971. 2° Quoique représentant de la société, le liquidateur tient ses pouvoirs des associés : c'est à eux, dès lors, qu'il doit rendre compte; obligations qui lui incombent relativement à l'exécution du mandat. — 1972. Sa responsabilité au point de vue des fautes. — 1973. Il serait responsable des actes de mauvaise gestion, sans que les associés aient, en principe, recours contre les tiers qui auraient profité de ces actes. — 1974. Il serait responsable des fautes commises par le tiers qu'il se serait substitué dans l'exécution du mandat (art. 1974 C. civ.) : renvoi. — 1975. Obligations des associés envers le liquidateur. — 1976. Moyens qu'il a pour se faire payer de ce qui lui serait dû. — 1977. Prescription des actions naissant de la liquidation au profit soit du liquidateur contre les associés, soit des associés contre le liquidateur.

I. — 1927. Rendre disponibles les valeurs de toute nature dont se compose le fonds social, afin de payer les dettes de la société, et dégager ainsi de l'actif brut l'actif net que les associés auront à se partager, tel est, nous venons de le dire, l'objet même ou le but de la liquidation. Tout associé a donc intérêt, quand la société est dissoute, à demander qu'il soit procédé à cette opération utile à tous, pour sortir de l'état d'indivision qui a succédé à l'état de société. Et, s'il rencontrait de la résistance de la part de ses coïntéressés, il pourrait recourir aux tribunaux compétents pour faire ordonner la liquidation et, au besoin, nommer le liquidateur. Ce n'est pas à dire, toutefois, que la liquidation, quels qu'en soient les avantages et l'utilité, soit une opération nécessaire; elle est facultative et nullement forcée. Les parties y pourraient donc renoncer d'un commun accord; elles pourraient stipuler, par exemple, qu'il serait procédé au partage en nature de l'actif brut, sans s'occuper au préalable du payement des dettes, ou que le fonds social serait attribué en entier à l'un des associés, à la charge par lui d'acquitter le passif et de donner une somme déterminée à chacun de ses coassociés (1). Ces conventions, et telles autres qui pourraient être arrêtées, sont licites; elles ont tout effet entre les parties, sauf, bien entendu, les droits des tiers, auxquels elles ne sauraient nuire : nous aurons, du reste, à revenir là-dessus.

1928. Mais plaçons-nous dans l'hypothèse où les membres de la so-

---

(1) *Comp.* Req., 19 mai 1868 (S.-V., 68, 1, 442; *J. Pal.*, 1868, p. 1182; Dall., 69, 1, 317); Req., 3 mars 1873 (Dall., 73, 1, 248; *J. Pal.*, 1873, p. 1128; S.-V., 73, 1, 437).

ciété dissoute sont tous d'avis de la liquider avant de procéder au partage. Dans ce cas, ils peuvent opérer la liquidation en commun, ainsi que cela se pratique habituellement à la dissolution des sociétés civiles. Et, en effet, c'est la marche qui sera suivie lorsqu'il s'agira de liquider une société commerciale dont les opérations auront été restreintes et dont le personnel sera peu nombreux. Mais ce mode de procéder, habituellement praticable dans le cas supposé, rencontre, dans d'autres, d'insurmontables obstacles.

1929. Ainsi, supposons une société dont la durée s'est prolongée, dont les affaires ont été variées et considérables, dont le personnel nombreux est disséminé, et l'on pressent les difficultés de toute nature contre lesquelles va se heurter la liquidation. Il faudra d'abord pourvoir au recouvrement d'un actif important dont les éléments peuvent être épars, terminer des opérations délicates que la dissolution n'a pas permis d'achever, faire face à des réclamations plus ou moins fondées des tiers avec lesquels la société a été en rapport, ou des associés eux-mêmes. Pour répondre à de telles nécessités, il faut autre chose, évidemment, que l'action commune de ceux qui ont fait partie de la société. Comment, en effet, les associés, dont les intérêts peuvent être divers, arriveraient-ils à s'entendre pour l'accomplissement d'une œuvre à laquelle ils viendraient tous et chacun avec des droits égaux? N'y aurait-il pas, d'ailleurs, une impossibilité matérielle à les réunir tous, s'ils étaient nombreux et dispersés? Et puis, s'il se trouvait parmi eux des mineurs, des interdits ou d'autres incapables, comment leur serait-il possible de procéder sans s'astreindre aux formalités requises en un tel cas par le droit commun, sans subir, par conséquent, des retards et des lenteurs incalculables, et s'exposer à de véritables dangers? Ces difficultés de toute sorte ont fait sentir la nécessité d'aviser. Et la pratique, s'inspirant des besoins du commerce, a créé la *liquidation commerciale,* substituant à l'action commune des associés l'action individuelle d'un seul ou d'un petit nombre de préposés, qui, armés des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de la tâche, feront, dans l'intérêt de tous, les opérations et les travaux d'où se dégagera le résultat final de la spéculation sociale.

1930. Mais étant donnée la situation qui se produit à la dissolution d'une société, il y avait une première difficulté à surmonter. Dans la rigueur du droit, il est vrai de dire qu'à l'instant même où la société vient à se dissoudre, il y a extinction de l'être moral dans lequel cette société était personnifiée; la communauté ou l'indivision prend la place de la société dissoute, et les droits individuels des anciens associés sont substitués au droit collectif de la société. Il résulterait de là que l'actif social, devenu la propriété indivise des associés, ne serait plus réalisable sans leur concours, et, par suite, sans l'observation des formes que les minorités, ou toutes autres incapacités, rendraient nécessaires; il en résulterait, les relations particulières nées de l'état de société étant rompues, et les pouvoirs des gérants ou des administrateurs ayant pris fin, que les créanciers sociaux devraient agir directement contre chacun

des associés (1), et, réciproquement, que ceux-ci auraient à poursuivre directement les tiers obligés envers la société. Or, de telles conséquences auraient rendu la liquidation absolument impossible, notamment pour les sociétés par actions. Il fallait donc avoir raison de ces obstacles résultant de la substitution de la propriété individuelle à la propriété collective. L'usage commercial y a pourvu en maintenant la fiction de l'être moral, en prolongeant ainsi l'existence de la société autant et aussi longtemps que la société a besoin de vivre pour régler ses affaires et se liquider. La jurisprudence et la doctrine se sont pleinement associées à cette idée de la société persistante, et la Cour de cassation en a nettement précisé la signification en même temps qu'elle en a reconnu la nécessité. « Si, par l'effet de la dissolution, a-t-elle dit, la société cesse d'exister pour l'avenir et pour les opérations en vue desquelles elle avait été constituée; si elle ne peut plus vendre, acheter, faire le commerce, elle continue, néanmoins, d'exister pour régler ses affaires accomplies, c'est-à-dire pour se liquider. Suivant la formule employée dans le langage commercial, elle ne subsiste plus que pour sa liquidation; mais, à ce point de vue et pour ce but, elle conserve tous ses droits et tous ses biens. La force des choses veut qu'il en soit ainsi pour les nécessités mêmes de la liquidation, laquelle deviendrait impossible si l'on admettait que, par l'effet de la dissolution, la communauté prend la place de la société dissoute, et que les droits individuels et privatifs des anciens associés, devenus de simples communistes, sont substitués ou superposés au droit exclusif de la société. » (2)

Ainsi, dans cette phase qu'ouvre la dissolution, la société conserve son caractère d'être moral pour tout ce qui concerne les besoins de la liquidation. Et il en est ainsi non-seulement dans les rapports de la société avec les tiers, mais encore dans ses rapports avec les associés eux-mêmes. En d'autres termes, tant que la liquidation n'est pas terminée, l'être moral, société, subsiste et persiste, tant activement que passivement, pour les tiers comme pour les associés; la société, pour emprunter encore à la Cour suprême l'expression d'un autre de ses arrêts, continue de vivre « dans la mesure d'existence nécessaire à l'accomplissement des actes de sa liquidation. »

1931. Tel est l'état de la société en liquidation. On pressent, dès l'abord, les avantages de cette continuation de la fiction de l'être moral, de la personnalité juridique de la société. Ainsi, pour ne parler de ces avantages qu'au point de vue des biens composant le patrimoine social, y a-t-il des incapables, mineurs ou interdits, parmi les anciens associés, il n'y aura pas nécessité, au moment de la dissolution, de faire apposer

---

(1) Voy. Toulouse, 7 août 1834 (S.-V., 36, 2, 183; *J. Pal.*, 1836, t. II, p. 14; Dall., *Rép.*, v° Société, n° 1044, à la note).

(2) Voy. Req., 29 mai 1865 (S.-V., 65, 1, 325; Dall., 65, 1, 380; *J. Pal.*, 1865, p. 785). *Junge :* Req., 27 juill. 1863 (S.-V., 63, 1, 457; *J. Pal.*, 1863, p. 171; Dall., 63, 1, 460); Rej., 3 févr. et 22 déc. 1868, 23 mai 1870, 6 mars 1872, 8 févr. 1875 (Dall., 68, 1, 225; 69, 1, 156; 70, 1, 415; 72, 1, 169; 75, 1, 308; *J. Pal.*, 1875, p. 548; S.-V., 75, 1, 233). Voy. aussi Bourges, 21 août 1871 (Dall., 73, 2, 34; S.-V., 72, 2, 257; *J. Pal.*, 1871, p. 831).

les scellés sur les effets de la société, par application de l'art. 819 du Code civil (1); et, dans la même hypothèse, il pourra être librement disposé des biens sociaux sans l'accomplissement des formalités requises par la loi pour la vente des biens des mineurs. — Un immeuble de la société vient-il à être vendu par la liquidation, l'acquéreur n'est pas obligé de purger sur chacun des associés, ce qui du reste serait certainement impossible dans les sociétés par action; il n'a à faire la purge que sur la société (2). Ajoutons, dans le même ordre d'idées, que les immeubles sociaux ne sont pas grevés des hypothèques générales du chef des associés, en sorte que l'hypothèque prise par la femme de l'un des associés après la dissolution de la société, mais avant la fin de la liquidation, serait radicalement nulle (3). — Des créanciers sociaux se trouvent-ils en présence de créanciers personnels des associés, ils seront préférés sur les biens de la société : ces biens restent leur gage pendant la liquidation, comme ils étaient leur gage avant la dissolution de la société...; etc.

1932. Cependant, il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette conception de la pratique commerciale. Bien que la société dissoute continue d'exister comme être moral, sa dissolution n'en ouvre pas moins une ère nouvelle pour tous les intéressés. Les parties avaient formé une association commerciale dans le but non-seulement d'agir, d'entreprendre, de spéculer, mais encore et finalement de réaliser en profits et en pertes le résultat de leurs entreprises ou de leurs spéculations. Survenant la dissolution, le but premier est atteint; et si la société vit encore, si elle continue d'exister sous la fiction de l'être moral dans lequel elle était personnifiée, c'est uniquement et exclusivement en vue de cette réalisation des résultats des opérations sociales, autre but qu'elle s'était proposé et qui reste à atteindre. De là une conséquence que la Cour de cassation a proclamée dans les arrêts ci-dessus cités : la société, par l'effet même de la dissolution, cesse d'exister *pour l'avenir;* elle ne peut plus vendre, acheter, faire le commerce; sous ce rapport, son œuvre, désormais, est accomplie et consommée. Donc, la clôture de ses opérations se trouve, en droit et en fait, définitivement fixée à la date de sa dissolution, et, par suite, c'est à cette date même de la dissolution que doit être établie la balance de ses comptes. La Cour de cassation a indiqué cela dans un premier arrêt en décidant que lorsque, après la dissolution, au terme fixé par l'acte social, d'une société en nom collectif, l'ancien gérant, devenu liquidateur de cette société, continue en son nom personnel un compte courant qu'il avait commencé comme gérant pendant l'existence de la société, cette société reste étrangère aux opérations ainsi continuées par l'ancien gérant (4). Mais, par trois

(1) Jugé, néanmoins, que l'apposition des scellés *peut être autorisée* au siége de la société dont faisait partie le débiteur décédé, sauf au juge à prescrire les dispositions nécessaires pour que la liquidation ne soit pas entravée par la mesure. Req., 23 juill. 1872 (*J. Pal.*, 1872, p. 851; S.-V., 72, 1, 334; Dall., 73, 1, 355).

(2) Voy. l'arrêt déjà cité du 27 juill. 1863.

(3) Voy. l'arrêt également cité du 29 mai 1865.

(4) Rej., 13 mars 1854 (Dall., 54, 1, 130; S.-V., 54, 1, 378; *J. Pal.*, 1855, t. I, p. 232).

arrêts rendus dans une même affaire et encore inédits, elle a mis ce point dans tout son jour.

Dans l'espèce, au lendemain de la dissolution d'une maison de banque par le décès des associés, des correspondants, qui se trouvaient en compte courant avec la maison, avaient obtenu de ses administrateurs provisoires une remise en espèces, et, le surlendemain, ils avaient eux-mêmes envoyé à ces administrateurs des effets à recouvrer, avec cette mention : « dont veuillez nous accorder crédit, valeur en compte. » Les administrateurs ayant été ultérieurement nommés liquidateurs de la société dissoute, ces correspondants protestèrent aussitôt contre toute imputation à leur compte courant, *antérieur au décès des associés,* des valeurs qu'ils avaient envoyées, et assignèrent les liquidateurs devant le Tribunal de commerce d'Évreux, pour les faire condamner à leur verser les sommes produites par l'encaissement de ces valeurs, sous la déduction de celles dont ils pourraient être débiteurs par le règlement de leur compte courant avec la société à la date de sa dissolution. La prétention fut accueillie en première instance : le tribunal considéra que, la société ayant été rompue par la mort des associés, les décaissements et encaissements postérieurs devaient être considérés *comme des opérations nouvelles;* et, en conséquence, il ordonna qu'il serait procédé à l'établissement des comptes respectifs à la date de la dissolution de la société. Sur l'appel, les liquidateurs ont demandé l'infirmation du jugement, par ces motifs, entre autres, que les intéressés avaient connu le décès des associés, et qu'en traitant avec les administrateurs provisoires ou avec les liquidateurs, ils avaient entendu, non faire confiance à une liquidation distincte et séparée, mais continuer purement et simplement les opérations de compte courant dans la maison de banque, alors représentée par l'héritier des associés. Mais, par arrêt confirmatif du 27 juillet 1876, la Cour de Rouen a décidé qu'il fallait, pour le règlement des intérêts des intimés avec la société représentée par les liquidateurs, distinguer deux époques, l'une antérieure, l'autre postérieure à la dissolution; que, par suite, il y avait lieu d'établir et d'arrêter, à la date de la dissolution, le compte desdits intimés avec la maison de banque, et que, en ce qui concernait les opérations faites ultérieurement avec les administrateurs provisoires ou les liquidateurs, elles devaient former l'objet d'un compte séparé dont la balance rendrait les intimés débiteurs ou créanciers de la liquidation. Et, sur le pourvoi dirigé contre cet arrêt, la Cour de cassation, chambre civile, au rapport de M. le conseiller Aucher, a jugé, en droit, « que la so-
» ciété avait été dissoute par le décès des associés...; que ce décès avait
» créé pour tous les intéressés une situation juridique nouvelle, celle
» de la liquidation; que, dès lors, c'est à la date de la dissolution que
» se trouvait légalement fixée la clôture des opérations de la société
» et que devait être établie la balance de ses comptes...; que, dès lors,
» l'arrêt attaqué décidait avec raison... qu'il y avait lieu de dresser,
» pour les opérations faites avec l'administrateur provisoire, après la
» dissolution, un compte distinct sur le montant duquel les liquidateurs

» retiendraient seulement ce qui pourrait être redû par N... et Cie à la » société dissoute par la balance de leur compte courant; qu'en effet... » ceux-ci, après avoir subi la retenue, par compensation et jusqu'à due » concurrence, sur le montant des valeurs encaissées, du débet de leur » compte courant antérieur, se trouvent dégagés de tout lien d'obliga- » tion envers la société dissoute, et sont, dès lors, fondés à répéter le » solde desdites valeurs, lequel constitue à leur profit une créance contre » la liquidation elle-même... » (1)

Ces décisions nouvelles sont, en définitive, le complément ou l'application même de la règle posée par la Cour dans ses premiers arrêts, à savoir : que la société dissoute, si elle vit encore pour le passé, ne vit plus pour l'avenir. Elles concourent donc à marquer la mesure dans laquelle une société commerciale, qui a pris fin par un événement quelconque, survit néanmoins à sa dissolution, et à tracer d'une manière exacte le cercle dans lequel elle doit se renfermer pour les opérations qui constituent sa liquidation.

1933. Du reste, nous avons supposé, dans tout ce qui précède, une société commerciale valablement constituée et ayant vis-à-vis des tiers son existence propre, sa personnalité juridique.

Il est bien évident, d'abord, que l'association dépourvue de toute personnalité ne saurait présenter, pendant sa liquidation, les caractères spéciaux qui viennent d'être indiqués. Ainsi en serait-il en particulier de l'association en participation. Sans doute, les parties pourraient bien stipuler qu'advenant la dissolution, leur association serait liquidée suivant tel ou tel mode; et, dans leurs rapports entre elles, la stipulation serait obligatoire; mais vis-à-vis des tiers elle serait sans effet. La Cour de Paris a justement décidé qu'une association en participation ne constituant pas un être moral et juridique, ne peut, lorsqu'elle prend fin, donner lieu à une liquidation *au regard des tiers,* et, par suite, à la nomination d'un liquidateur judiciaire (2). La même Cour avait décidé auparavant que les associés en participation ont la faculté de nommer un liquidateur *pour représenter la société après sa dissolution,* et que ce liquidateur a qualité pour soutenir en justice les droits de l'association, sans que les participants aient besoin d'être nominativement en cause (3) : solution évidemment inadmissible, car la participation, qui n'a pas d'existence à l'égard des tiers pendant qu'elle vit et fonctionne, ne saurait naître vis-à-vis d'eux et être représentée le jour précisément où elle prend fin entre les parties par la dissolution.

Quant à la liquidation des sociétés nulles ou annulées pour inaccomplissement des conditions constitutives, elle a été l'objet d'observations détaillées auxquelles nous ne pouvons que nous référer (*suprà,* nos 1255 et suiv.).

1934. Après ces observations préliminaires, nous passons à l'étude des règles qui gouvernent l'état de liquidation. Ces règles ont été soi-

---

(1) Arrêts du 25 août 1879.
(2) Voy. Paris, 8 août 1870 (Dall., 71, 2, 7).
(3) Paris, 24 mai 1862 (*J. Pal.*, 1863, p. 575; S.-V., 63, 2, 202).

gneusement précisées dans quelques législations étrangères. Dans celle de la Belgique spécialement (l. du 18 mai 1873 sur les sociétés), il est traité de la liquidation, que la loi organise dans une série de onze articles (111 à 122), et à laquelle elle donne pour base cette donnée première de la pratique, que « les sociétés commerciales sont, après leur dissolution, réputées exister pour leur liquidation. » (Art. 111.) Le législateur belge s'occupe ensuite de la détermination du mode de liquidation (art. 112), de la nomination des liquidateurs (art. 113), de l'étendue de leurs pouvoirs (art. 114 à 118), de leur responsabilité (art. 119), des mesures propres à activer leurs opérations (art. 120), enfin, de la clôture de la liquidation (art. 121).

Le législateur français a cru pouvoir se dispenser d'un tel soin : il a supposé l'état de liquidation dans plusieurs textes (C. comm., art. 64; l. 24 juill. 1867, art. 61); il ne l'a ni réglementé, ni même défini dans aucun. Ce n'est pas que son attention n'ait été appelée sur ce point. Le tribunal et les chambres de commerce de Lyon, en 1807, auraient voulu et avaient demandé que le Code de commerce fixât les droits et les devoirs des liquidateurs. Mais les rédacteurs du Code, se référant virtuellement aux usages alors en pleine vigueur, trouvèrent mieux de maintenir ce point dans le domaine de la pratique commerciale, et de laisser ainsi aux parties intéressées elles-mêmes la charge ou le soin de tout régler à cet égard. Dès lors, à défaut de dispositions législatives, c'est à la pratique, aux principes généraux, aux décisions de la jurisprudence, qu'il faut demander la solution des difficultés nombreuses auxquelles a donné lieu la matière de la liquidation. Ainsi ferons-nous en nous occupant successivement : 1° des liquidateurs et de la nature de leurs fonctions; 2° de leur nomination; 3° des obligations qu'ils ont à remplir dès leur entrée en fonctions; 4° de la nature de leurs attributions et de l'étendue de leurs pouvoirs, soit quant aux biens sociaux, soit dans leurs rapports avec les tiers et avec les membres de la société dissoute.

II. — 1935. Le liquidateur est celui qui a pour mission de régler les affaires de la société après sa dissolution et de la liquider. Toutefois, cette définition, tirée de la simple étymologie du mot, est juridiquement peu explicative, et c'est dans la nature des fonctions qu'il en faut chercher une plus précise : le liquidateur, dirons-nous alors, est un *mandataire*. Mais de qui est-il le mandataire? Question importante, en ce que d'elle dépend la solution de la plupart de celles que nous aurons à discuter.

Or, étant donnée la condition faite à la société en liquidation, l'équivoque, à notre avis, n'est pas possible : le liquidateur n'est point, comme on le dit parfois, le mandataire des anciens associés; il *est le* mandataire de la société même. Ce qu'il représentera, c'est l'être moral, la personnalité juridique, qui, nous l'avons vu, survit à la dissolution; il est à la liquidation ce que le gérant était à la société; il est, en quelque sorte, sinon le gérant même, au moins le continuateur du gérant. Il peut sans doute, en certaines hypothèses, être mandataire à la fois de la société et des associés ou de l'un d'eux; mais la vérité est,

qu'en thèse, les relations de mandat s'établissent entre le liquidateur et l'être moral, dans lequel la masse des associés est personnifiée, et non entre le liquidateur et chacun des associés pris individuellement. Ce point est à retenir en raison des conséquences pratiques qui en découlent, et que nous aurons à préciser plus tard, notamment quand il s'agira d'étudier les rapports du liquidateur avec les anciens associés (*infrà*, nos 1965 et suiv.).

1936. Mais ajoutons tout de suite que le liquidateur représente la société dans l'intérêt des associés, et dans leur intérêt seulement. C'est dire qu'il ne les représente en aucune manière dans l'intérêt des créanciers sociaux. L'idée contraire a été émise sur ce fondement que, d'après la jurisprudence, les créanciers sociaux pourraient demander aux tribunaux soit la nomination, soit la révocation d'un liquidateur (1), ou encore que le liquidateur pourrait prélever sur le fonds social, par préférence aux créanciers, les sommes qu'il aurait payées en l'acquit de la société en liquidation pour fournitures à elle faites (2). Nous verrons ultérieurement ce qui en est de ces décisions et si elles ne pourraient pas être justifiées à un point de vue spécial; ce qui est certain, c'est qu'elles ne sauraient trouver leur justification dans l'idée de représentation des créanciers sociaux par le liquidateur. La société subsiste pendant sa liquidation : cela étant, ses créanciers, quelque intérêt d'ailleurs qu'ils puissent avoir à ce que la liquidation soit bien conduite, sont sans droit à se mêler à ses opérations. Pour être leur débitrice, elle ne cesse pas d'avoir sa liberté d'action, et tant qu'elle ne manque pas à ses engagements, elle agit comme elle l'entend, sans que ses créanciers puissent prétendre à lui imprimer une marche qu'il ne lui conviendrait pas de suivre. Ces derniers n'ont d'autres droits que ceux que d'ordinaire la loi confère aux créanciers; ils peuvent prendre des mesures conservatoires, attaquer les actes faits en fraude de leurs droits, poursuivre, même faire déclarer la faillite s'ils ne sont pas payés à l'échéance, et alors ils obtiendront que la liquidation soit faite dans leur intérêt et dans les conditions établies par la loi pour ce cas spécial. Mais quand la société reste debout, quand elle est *in bonis* et fait face à ses engagements, c'est tout autre chose. Elle se liquide pour elle, pour dégager l'actif que les anciens associés auront à se partager après la complète extinction du passif. C'est l'affaire de ceux dont les créances constituent ce passif de veiller et d'aviser; le liquidateur n'a ni à les défendre ni à les protéger (3).

III. — 1937. Mandataire de la société qu'il représente dans l'intérêt des associés, le liquidateur doit, en principe, être nommé par ces derniers. Il peut être désigné d'avance par l'acte de société ou nommé par un acte postérieur.

---

(1) *Comp.* Aix, 11 nov. 1871 (Dall., 73, 2, 78).

(2) Voy. Dijon, 17 mars 1862 (Dall., 62, 2, 94; *J. Pal.*, 1863, p. 73; S.-V., 63, 2, 100). Voy. aussi Lyon, 11 juill. 1873 (S.-V., 74, 2, 73; *J. Pal.*, 1874, p. 345).

(3) Voy. Paris, 20 juill. 1842 (Dall., *Rép.*, v° Société, n° 1011); Lyon, 27 mai 1859 et 24 déc. 1860 (S.-V., 60, 2, 16; 61, 2, 557; *J. Pal.*, 1860, p. 856); Aix, 31 mai 1871 (S.-V., 72, 2, 47; *J. Pal.*, 1872, p. 228).

La nomination, dans le premier cas, est le complément du pacte social; elle participe de la nature de ce pacte, et, comme toute autre clause, elle n'est obligatoire qu'autant qu'elle est acceptée de tous les associés. D'ailleurs, ce mode de nomination, qui convient surtout aux sociétés collectives d'une courte durée, présente de notables et d'évidents avantages. Il fait que le liquidateur peut entrer en fonctions immédiatement après la dissolution et remplacer sans intervalle le gérant, dont les pouvoirs ont pris fin en même temps que la société. Il supprime ainsi l'obligation de recourir à des mesures provisoires, l'apposition des scellés, par exemple, ou de confier la gestion intérimaire à des liquidateurs de fait, qui ne répondraient pas aux nécessités de la situation, comme le pourraient faire de vrais liquidateurs armés des pouvoirs nécessaires.

1938. Ceci s'applique, dans une certaine mesure, aux associations en participation. Il est généralement admis que l'associé qui a administré en son nom doit liquider ses propres opérations et rendre compte du résultat à ses coparticipants; en sorte que, dans le cas où plusieurs associés ont géré séparément, chacun d'eux doit liquider ses opérations personnelles et en rendre compte (1). Il est, en effet, naturel de supposer que les participants, en donnant à l'un d'eux le pouvoir de gérer *en son nom,* lui donnent en même temps pour mission de conduire à fin l'affaire, c'est-à-dire d'en réaliser les résultats en bénéfices ou en pertes; d'apurer les comptes; en un mot, de liquider. — Toutefois, si l'association était dissoute par la mort du gérant, il faudrait bien recourir à la nomination d'un liquidateur; cette nomination devrait alors être faite par l'unanimité des participants, et, à défaut, par le Tribunal de commerce. — Mais, en toute hypothèse, il y aura une particularité tenant à ce genre d'association : n'étant pas revêtue de personnalité juridique, la participation dissoute n'est pas représentée vis-à-vis des tiers; le liquidateur, ici, est mandataire des associés personnellement.

1939. En ce qui concerne les sociétés à très-longue durée, le liquidateur ne saurait être désigné d'avance par le pacte social. Et notons que ce mode de nomination, impraticable en ce cas, serait, spécialement quant aux sociétés anonymes, en opposition avec la pensée qui a inspiré la disposition de l'art. 25 de la loi du 24 juillet 1867. Le législateur n'a pas voulu que le fondateur ou l'instigateur d'une société pût, par sa seule volonté, s'en attribuer l'administration; et, dans cette vue, il a, par l'article précité, remis à l'assemblée générale des actionnaires le soin de nommer les administrateurs (*suprà,* n[os] 1061 et suiv.). Il semble que la nomination du liquidateur doit, par des motifs identiques, être soumise à la même règle. Toutefois, il y aurait lieu de tenir comme valable et obligatoire la stipulation, dans le pacte social, que la mission de liquider la société serait confiée aux administrateurs en exercice au moment de la dissolution. Ceux qui prendront la liquidation en vertu d'une telle stipulation tiendront, à vrai dire, leur pouvoir du vote

---

(1) Voy. notamment M. Molinier (n[os] 610 et 611).

de la majorité par laquelle ils avaient été chargés de l'administration.

1940. Il est de jurisprudence, paraît-il, devant le Tribunal de commerce de la Seine, qu'en cas de dissolution de la société avant le terme fixé, la clause de l'acte social qui désigne le liquidateur doit être considérée comme non avenue et que le soin de choisir le liquidateur appartient aux tribunaux. La première proposition se justifie par cette considération, qu'en insérant la clause dont il s'agit dans l'acte de société, les parties ont entendu en limiter l'application au cas de dissolution qu'elles ont prévu, l'expiration du terme fixé. Il n'est pas aussi facile de justifier la seconde. Du moment que la clause est réputée *non écrite* en cas de dissolution autrement que par l'événement prévu, il semble que le retour aux principes généraux est de droit. Or, d'après ces principes, c'est aux associés qu'appartient la nomination du liquidateur. Vainement dirait-on que le désaccord probable des associés sur la question même de dissolution rend nécessaire le recours aux tribunaux. La crainte peut n'être pas fondée; et, si les parties parviennent à se mettre d'accord, il n'y a aucun motif pour en appeler aux tribunaux, dont l'action n'a de raison d'être qu'autant qu'il y a réellement contestation et litige. Toutefois, il le faut reconnaître, le parti pris par le Tribunal de commerce est plus pratique, en ce que, dans la plupart des cas, il aura pour résultat d'éviter des lenteurs.

1941. A défaut de désignation nominative dans le pacte social, les liquidateurs seront nommés, après la dissolution, par un acte spécial. Ils devront être nommés *par tous* les associés. « Quand une société a existé, dit M. Bravard en sens contraire, a fonctionné pendant un temps plus ou moins long, et qu'elle est dissoute, il y a nécessité de la liquider, et, par conséquent, de nommer des liquidateurs : dès lors, cette nomination a un caractère de nécessité qui est inconciliable en soi avec l'idée de contrat; elle n'offre pas ce caractère de liberté, de spontanéité, qui préside à tous les contrats et qui est de leur essence. De là on peut conclure que la condition de l'unanimité ne sera pas nécessaire. » (1) La nécessité de nommer des liquidateurs est certaine, nous le reconnaissons avec l'auteur. Qu'en conclure? Ceci uniquement : que, même en cas de désaccord entre les associés, il faut que des liquidateurs puissent être donnés à la société dissoute. Par qui? Là est la véritable question. M. Bravard conclut que la nomination pourra être faite par la simple majorité des associés. Mais cela ne s'induit en aucune façon de ses prémisses, et, en tous cas, ce n'est pas admissible en droit. La liquidation, en effet, n'appartient à aucun des associés en particulier; elle est, au même titre, la propriété de chacun et de tous, et, par conséquent, elle ne saurait être déférée par quelques-uns seulement, même par une majorité. Nous exceptons, naturellement, le cas indiqué plus haut (n° 1939). Mais sauf ce cas, la majorité ne peut pas imposer sa

(1) Voy. MM. Bravard et Demangeat (*Soc.*, p. 286). *Adde :* MM. Delangle (n° 685), Boistel (*Précis*, p. 258).

volonté à la minorité, parce que les droits de tous sont absolument les mêmes. C'est l'opinion généralement admise (1).

1942. Que si l'unanimité nécessaire n'existe pas, s'il y a opposition, si les associés ne peuvent pas se mettre d'accord, il y aura lieu de recourir à la justice. La difficulté qui divise les parties n'est pas un simple dissentiment; c'est un litige, une contestation entre associés, qui, d'après les principes généraux et les règles de compétence, doit être porté devant le tribunal de commerce, à qui il appartient de trancher le différend. Mais il faut admettre que la nomination faite par la justice ne serait pas définitive et irrévocable. Les parties pourraient ne pas accepter le liquidateur désigné; et si, après le jugement, elles parvenaient à se mettre d'accord pour le choix d'une personne, il dépendrait d'elles de la substituer comme liquidateur à celui que la justice aurait désigné. Ce serait de leur part l'exercice d'un droit que le jugement intervenu n'a pas pu leur enlever (2).

1943. Les liquidateurs devant être nommés suivant l'un ou l'autre des deux modes indiqués, il est vrai de dire qu'il n'y a pas de liquidateurs de *plein droit*, à moins que l'on ne considère comme tels les anciens associés, dans le cas où, au lieu de donner mission à un liquidateur unique, ils procéderaient eux-mêmes et collectivement à la liquidation. Sauf ce cas, celui-là seul peut se dire liquidateur à qui mission a été expressément donnée de liquider la société dissoute. La Cour de cassation a jugé en ce sens que si, par suite de décès ou de disparition, il ne reste plus qu'un membre d'une société qui a pris fin, sans qu'aucun associé ait été investi de la qualité de liquidateur, l'associé restant n'a pas le droit de prendre cette qualité (3).

1944. Il n'y a pas de règle à tracer en ce qui concerne le choix du liquidateur. On trouve dans la doctrine quelques indications à cet égard. Toutes choses égales, disent MM. Malepeyre et Jourdain, on devra préférer les associés à tous autres, et, parmi les associés, les gérants, à moins que leur gestion n'ait pas été satisfaisante; lorsque tous les associés sont gérants, et que la liquidation doit être faite par un moindre nombre de liquidateurs, on devra préférer ceux qui ont été chargés de la partie la plus délicate et la plus importante de l'administration, puisqu'ils ont d'avance inspiré une plus grande confiance aux associés; entre les gérants, l'ordre des noms dans la raison sociale pourra aussi, selon les circonstances, être un motif de préférence (4). Toutefois, ce ne sont là que des conseils dont les associés peuvent tenir ou ne pas tenir compte. En définitive, les liquidateurs ne sont pas soumis à des conditions spéciales de capacité; dès lors, la mission peut, au gré des parties intéressées, être confiée, soit à un ou plusieurs associés, fût-ce

---

(1) Voy. MM. Malepeyre et Jourdain (p. 323), Troplong (n° 1025), Bédarride (n° 485), Alauzet (n° 423), Lombard (p. 157), Dolez (p. 243). *Comp.* suprà (n° 499).
(2) *Contrà* M. Troplong (n° 1035).
(3) Req., 13 juin 1831 (Dall., *Rép.*, v° Société, n° 1007, à la note).
(4) MM. Malepeyre et Jourdain (p. 325).

même à de simples commanditaires (1), soit à une ou plusieurs personnes étrangères à la société, soit même à un être moral, par exemple à une société nouvelle se substituant dans l'exploitation des établissements de la société qui a pris fin.

On peut se demander, cependant, si les associés sont libres de nommer des étrangers pour la liquidation même d'une société anonyme. Aux termes de l'art. 22 de la loi du 24 juillet 1867, les *administrateurs* d'une telle société doivent être pris *parmi les associés;* et l'on pourrait dire que les liquidateurs, dont les pouvoirs sont très-étendus, doivent présenter aux actionnaires des garanties de bonne gestion, égales à celles que leur offraient, au cours des opérations sociales, des administrateurs pris au sein de la société. Mais il faut répondre qu'il n'y a pas identité de situation pour les parties intéressées aux deux périodes de formation et de dissolution de la société. Quand une société se constitue, chacun est libre de n'y pas entrer, s'il lui paraît qu'aucun des membres dont elle se compose ne serait capable de l'administrer. Au contraire, quand la société, après avoir fonctionné, vient à se dissoudre, la liquidation s'impose à tous, si elle est demandée. Et, dès lors, il est juste, s'il n'y a pas à ce moment des associés aptes à l'opérer, que les intéressés puissent avoir recours à des étrangers.

C'est aussi aux associés qu'il appartient de déterminer le nombre de liquidateurs à nommer et la durée de leurs fonctions, comme de décider si ces fonctions seront gratuites ou salariées.

1945. Les liquidateurs nommés ne sont pas nécessairement irrévocables. Toutefois, leur révocabilité comporte certaines distinctions, déjà connues d'ailleurs, car ce sont précisément celles qui, par rapport soit aux sociétés civiles (*suprà,* n[os] 497, 503 et suiv.), soit aux sociétés commerciales en nom collectif (n° 1347), ou en commandite (n[os] 1436 et suiv.), sont établies quant à la révocabilité des gérants dont, à vrai dire, les préposés à la liquidation sont les continuateurs.

Ainsi, s'agit-il d'un associé désigné d'avance comme liquidateur dans le pacte social, il ne peut pas, en principe, être révoqué *ad nutum.* La révocation n'en serait possible qu'à une double condition : il faudrait, d'une part, qu'elle fût motivée par une juste cause, et, d'une autre part, qu'elle fût prononcée par les tribunaux, seuls juges de la gravité des motifs et de leur légitimité (2). Hors de là, le mandat du liquidateur ne pourrait cesser que par l'effet d'un changement de volonté. Et comme la désignation de l'acte social a fait de celui qui en est l'objet un liquidateur statutaire, il en résulte que ce changement de

(1) Voy. Bordeaux, 20 août 1839 (Dall., 40, 2, 44).

(2) Jugé que, dans le cas où l'on reproche à un gérant liquidateur des malversations, la délibération de l'assemblée générale qui accepte la compensation de la dette avec une dette sociale ne ratifie pas nécessairement les actes du gérant, et n'empêche pas le juge de lui ôter la liquidation dès qu'il constate qu'en raison de ses agissements antérieurs il ne présente plus les garanties nécessaires. Req., 30 avr. 1873 (Dall., 75, 1, 32; S.-V., 74, 1, 123; *J. Pal.*, 1874, p. 285). — Voy. cependant Aix, 11 nov. 1871 (Dall., 73, 2, 78).

volonté n'a de valeur qu'autant qu'il est le fait de *tous* les anciens associés, y compris le liquidateur lui-même, puisqu'il était associé.

S'agit-il d'un liquidateur étranger à la société, mais également désigné par le pacte social, les solutions seront les mêmes, sauf en ce dernier point : n'étant pas associé lui-même, son assentiment ne serait pas nécessaire.

Enfin, s'agit-il d'un liquidateur, associé ou étranger, nommé après la dissolution de la société par un acte particulier, il est toujours révocable, comme tout mandataire. Mais le mandat dont il est investi étant donné dans l'intérêt de tous les associés, l'accord doit s'établir entre eux tous pour le lui enlever.

1946. Le mandat du liquidateur ne cesserait pas de plein droit par la mort de quelques-uns des associés ou même de tous. L'art. 2003 du Code civil dit bien que le mandat finit par la mort *du mandant*. Mais ici, le mandant véritable est l'être moral, la société; les associés, en conférant ses fonctions au liquidateur, ont agi au nom de cet être moral qui, nous l'avons vu, survit à la dissolution de la société et subsiste jusqu'à la fin de la liquidation. Le mandant existe donc; par cela même, la cause de dissolution ne se produit pas.

1947. Mais le mandat cesserait par la mort, par l'interdiction, par la déconfiture ou la faillite du liquidateur; ici, au contraire, s'appliquerait directement le même art. 2003. — Il s'appliquerait également dans la disposition aux termes de laquelle le mandat finit par la renonciation du mandataire au mandat. Exceptons, néanmoins, le cas où, en acceptant les fonctions de liquidateur, l'associé se serait chargé de la liquidation à ses périls et risques, dégageant ses coassociés de toute obligation aux dettes dont il aurait fait son affaire personnelle. Évidemment, en un tal cas, le liquidateur resterait lié par son mandat et devrait être considéré comme ayant renoncé au droit de se démettre.

1948. Le mandat prendrait fin et tout naturellement par l'achèvement de la liquidation. On a prétendu, cependant, que s'il y avait des biens non réalisés à partager entre les associés, le liquidateur aurait pour mission de procéder à la formation des lots. « Le liquidateur, dit M. Troplong, dispense de la présence du notaire; c'est lui qui dresse l'état détaillé de l'actif et du passif; c'est lui qui tient la place du cohéritier chargé de faire les lots. » (1) Plus explicites encore, MM. Malepeyre et Jourdain avaient dit : « La distribution devra être faite par les liquidateurs, dans les fonctions desquels entre non-seulement tout ce qui concerne la liquidation, mais aussi tout ce qui a rapport au partage, qui n'est que la conséquence et le but de la liquidation. » (2) Cela n'est pas admissible, à notre avis : la liquidation est une opération absolument distincte de celle du partage; le mandat conféré en vue de la première spécialement ne donne au mandataire d'autre pouvoir que

(1) M. Troplong (n° 1020).
(2) MM. Malepeyre et Jourdain (p. 351).

celui de régler les affaires sociales, de liquider la société; il n'implique en aucune façon le droit de procéder aux opérations du partage, un nouveau mandat serait nécessaire pour conférer ce droit. Donc, la liquidation achevée, l'œuvre du liquidateur est complète, et le mandat dont il avait été investi a pris fin (1).

1949. Les créanciers sociaux pourraient-ils, comme les associés eux-mêmes, s'adresser aux tribunaux et provoquer soit la nomination, soit la révocation des liquidateurs? En ces termes, la question serait déjà virtuellement résolue par ce fait seul que le liquidateur ne représente pas les créanciers sociaux, lesquels n'ont aucun droit à s'immiscer dans la liquidation (*suprà,* n° 1936). La question, dès lors, ne peut être que de savoir si la demande des créanciers devrait être écoutée comme impliquant une de ces mesures conservatoires que tout créancier a droit de prendre. Nous ne le pensons pas. Il suffit de considérer quelle est l'étendue des pouvoirs compris dans le mandat des liquidateurs (*infrà,* n°s 1952 et suiv.) pour reconnaître que même le fait d'en provoquer la nomination est un acte véritable d'immixtion. Et vainement on opposerait que les créanciers d'une succession vacante ont le droit de requérir la nomination d'un curateur. La situation n'est évidemment pas la même. Tandis qu'en présence d'une succession vacante, les créanciers ne trouvent pas d'héritier contre lequel ils puissent agir, vis-à-vis d'une société en liquidation, ils trouvent soit les associés eux-mêmes, soit l'être moral qui subsiste et dont le patrimoine peut être atteint par des voies d'exécution. Tout ce qu'on pourrait concéder aux créanciers, c'est la faculté de faire nommer des administrateurs provisoires, ce qui, dans telle ou telle hypothèse, pourrait n'être pas sans quelque utilité. N'oublions pas, d'ailleurs, que, d'autre part, ils peuvent toujours, si la société ne satisfait pas à ses engagements, la faire déclarer en faillite, et obtenir ainsi la nomination de syndics qui les représenteront, et qui, alors, liquideront pour eux et dans leur intérêt.

IV. — 1950. Le liquidateur étant nommé, il y a des obligations qui s'imposent à lui dès son entrée en fonctions. Mandataire tenu de rendre compte de ses opérations, il devra tout d'abord prendre les mesures propres à le mettre en état de faire ses justifications. Ainsi, après avoir requis, comme le doit tout administrateur, la levée des scellés s'il en a été apposé, son premier soin sera de dresser un inventaire des biens de la société. Il s'exposerait, sans cela, à être personnellement condamné envers les créanciers si l'actif ne suffisait pas à les satisfaire, ou envers les associés s'ils prétendaient que cet actif devait suffire. Et la situation serait d'autant plus difficile que les intéressés puiseraient dans le droit commun la faculté de prouver la valeur ou la consistance des biens non-seulement par titres, mais encore par témoins et même par la commune renommée (C. civ., art. 1442 et 1348 comb.). Du reste, comme, dans le silence de la loi sur la matière, il n'y a aucun délai fixé pour la confection de l'inventaire, il appartiendra aux tribunanx de reconnaître et

(1) Voy., en ce sens, MM. Pardessus (n° 1082), Pâris (n° 1088), Alauzet (n° 437).

de déclarer si, à quelque date qu'il se place, il a été dressé en temps opportun. — Indépendamment de cette mesure, le liquidateur, dès son entrée en fonctions, demandera aux gérants ou aux administrateurs de la société dissoute le compte de la gestion ou de l'administration dont ils étaient chargés au moment où la société a pris fin; s'il était lui-même à ce moment l'administrateur ou le gérant, son compte de gestion rentrera naturellement dans le compte de liquidation.

1951. En principe, le liquidateur n'est pas tenu de donner caution. L'obligation peut lui en être imposée, sans doute, par les associés qui le nomment; et si c'est une condition stipulée dans l'acte de nomination, le liquidateur doit nécessairement s'y soumettre, et il s'y soumet, en effet, par cela même qu'il accepte la fonction. Mais en pur droit et dans le silence de la convention, la caution n'est pas due. M. Pardessus, renversant la proposition, enseigne cependant que l'associé auquel la mission de liquider est confiée par l'acte de société ou après la dissolution par un acte particulier, peut être astreint à donner caution s'il n'en a été dispensé par l'acte de nomination, et y être condamné si ses coassociés offrent de la donner en se chargeant de la liquidation (1). Cette solution, que d'ailleurs aucun texte ne justifie, est justement contestée.

Lorsque l'acte social a désigné d'avance le liquidateur sans exiger caution, les associés ne sauraient être admis à la lui demander ultérieurement, parce qu'on ne modifie pas après coup une convention conclue et librement acceptée (2). Seulement, s'il arrive que les affaires personnelles du liquidateur s'embarrassent après son entrée en fonctions, les associés seront en droit de demander à la justice de prescrire des mesures de précaution, au nombre desquelles on peut très-bien ranger le bail de caution.

Si le liquidateur a été nommé après dissolution de la société par un acte spécial, les solutions seront les mêmes, en principe. Toutefois, comme vis-à-vis d'un tel liquidateur les associés restent toujours armés du droit de révocation, on comprend que, le cas échéant, ils pourront, à plus forte raison, ne lui laisser le mandat de la société que sous la condition de fournir caution.

V. — 1952. La question de savoir quels sont les pouvoirs et les attributions du liquidateur a donné lieu à des difficultés nombreuses; nous aurons à les étudier : avant tout, il faut voir s'il n'y a pas une donnée générale d'après laquelle on les pourrait résoudre.

Suivant une opinion, du reste à peu près abandonnée, le liquidateur serait un mandataire chargé seulement d'administrer; il ne pourrait disposer de l'actif social sans une autorisation spéciale; ses pouvoirs, en un mot, restreints dans les termes de l'art. 1988 du Code civil, seraient ceux d'un mandataire général : opinion inadmissible, par cette raison toute simple que le liquidateur dont les pouvoirs seraient ainsi limités ne pourrait pas liquider. Il devrait obtenir l'assentiment de tous les asso-

---

(1) Voy. M. Pardessus (nº 1078).

(2) Voy. MM. Malepeyre et Jourdain (p. 385), Dalloz (vº Société, nº 1021), Alauzet (nº 426), Dolez (p. 245).

ciés pour un acte quelconque de disposition, même pour le plus insignifiant, d'où les complications et les impossibililtés auxquelles la pratique commerciale a voulu obvier en instituant la liquidation. Et puiis, d'ailleurs, comment assimiler au mandataire général, dont la mission ou le devoir est de conserver le patrimoine du mandant, le liquidateur dont tous les agissements et les opérations doivent tendre, au contraire, à réaliser les biens de la société, sa mandante, en vue de l'extinction du passif? La vérité est que la mesure des pouvoirs du liquidateur ressort du but même que les intéressés ont visé en donnant ce mandataire à la société dissoute. Or, c'est une mission nette et précise qu'ils lui ont confiée : régler les affaires de la société et la liquider. Ils ont donc entendu ne lui refuser aucun des pouvoirs nécessaires pour mener à fin l'œuvre à laquelle ils l'ont préposé; et, dès lors, on peut poser en thèse qu'à moins de stipulations spéciales ou de réserves exprimées, les attributions et les pouvoirs du liquidateur s'étendent à tous les actes, à toutes les opérations que peut exiger le règlement final des affaires de la société.

1953. D'après cela, le liquidateur pourra terminer les affaires commencées, conserver l'actif jusqu'à sa réalisation, rendre disponibles toutes les valeurs dont il est composé, et, en conséquence, réaliser celles qu'il est nécessaire de vendre pour faire face au payement des dettes sociales et faciliter le partage entre les associés. — Il pourra et il devra, en recevant le compte des gérants en exercice au moment de la dissolution, arrêter celui des associés, leur faire délivrance des choses qu'ils peuvent reprendre en nature, leur payer ce qui leur est dû ou exiger d'eux ce qu'ils doivent à la société. — Il poursuivra le payement des créances sociales contre les tiers, et acquittera les dettes à la charge de la société (1). — Mais il ne pourra pas se livrer à des opérations commerciales dans le but de réaliser des bénéfices, la société une fois dissoute, étant morte à toute idée de spéculation (*suprà,* n° 1932); tout ce qui lui sera permis dans cet ordre de faits, ce sera de continuer l'exploitation de l'usine ou du fonds de commerce, soit pour le vendre en pleine activité et en tirer ainsi un meilleur parti, soit pour éviter le dommage qui pourrait résulter de l'interruption des travaux ou de la fermeture des magasins.

Tels sont, d'une manière générale, les attributions et les pouvoirs du liquidateur. Passons à quelques points de détail plus ou moins controversés.

1954. Tous les actes ayant pour objet la conservation du patrimoine social, par exemple l'entretien des immeubles, rentrent naturellement dans les attributions du liquidateur. Quant aux choses mobilières, spécialement les marchandises, on reconnaît sans difficulté que le liquidateur peut vendre au comptant ou à terme celles qu'il trouve en magasin. Mais pourrait-il les donner en nantissement? Il y a eu sur ce point

(1) Voy. notamment Cass., 29 mai 1865 (Dall., 65, 1, 380); Req., 27 juill. 1867 et 16 févr. 1874 (Dall., 67, 1, 460; 74, 1, 414; *J. Pal.*, 1874, p. 536); Bourges, 21 août 1871 (S.-V., 72, 2, 257; *J. Pal.*, 1871, p. 831; Dall., 73, 2, 34).

des doutes que la jurisprudence a dissipés. La Cour de Paris et, sur le pourvoi, la Cour de cassation, ont jugé que le liquidateur peut, afin de pourvoir aux besoins de la société et la préserver de poursuites rigoureuses, prendre toutes les mesures que comportent les intérêts et les usages du commerce, à moins de restriction spéciale dans les pouvoirs à lui conférés, et, en conséquence, qu'il peut, dans le cas où un tiers a cautionné la société pour un achat, sous la condition que les marchandises achetées lui seront remises en nantissement, réaliser lui-même ce nantissement, bien que les termes de payement ne soient pas encore échus (1).

1955. D'autres actes, par exemple l'endossement et la négociation des effets de commerce, la vente des créances à terme, la vente et l'affectation par hypothèque des immeubles sociaux, la transaction et le compromis (2), ont donné lieu à de sérieuses contestations. Ainsi, souscrire des effets de commerce, négocier ceux qui sont en portefeuille, sont des actes que bien des auteurs considèrent comme interdits aux liquidateurs. Sans parler du motif qu'ils tirent de l'art. 1988 du Code civil, et auquel il a été répondu par avance, ils allèguent que négocier un effet de commerce pour s'en procurer la valeur, c'est emprunter sur sa signature, ou augmenter la masse des obligations sociales, ce que le liquidateur ne peut pas faire (3). L'argument fût-il fondé, il faudrait conclure, ce semble, que tout au moins dans le cas où l'endossement ou la négociation ne doit pas se résumer en un emprunt, il rentre dans la catégorie des actes permis au liquidateur; et c'est l'avis auquel se rallie M. Alauzet, qui, tout en retranchant les endossements de cette catégorie, les y maintient lorsqu'ils sont faits sans garantie, en ce qu'alors ils constituent, non une charge nouvelle pour les associés, mais un mode particulier de réalisation, et le seul propre aux effets de commerce (4). La jurisprudence est allée plus loin, et avec elle nous estimons que la négociation des effets en portefeuille est permise au liquidateur, alors même qu'elle a pour but de se procurer de l'argent et qu'elle expose la société à un recours en garantie. Sans doute, le liquidateur ne peut pas, en règle générale, contracter des

---

(1) Paris, 17 mars 1849, Req., 5 mars 1850 (S.-V., 49, 2, 289; Dall., 49, 2, 176; 50, 1, 167).

(2) Le pouvoir du liquidateur, en ce qui concerne ces divers actes et d'autres encore, y compris le nantissement dont il est question au numéro précédent, est déterminé par la loi belge du 18 mai 1879, en ces termes : « Art. 114. A défaut de disposition contraire dans les statuts ou dans l'acte de nomination, les liquidateurs peuvent intenter et soutenir toutes actions pour la société, recevoir tous payements, donner mainlevée avec ou sans quittance, réaliser toutes les valeurs mobilières de la société, endosser tous effets de commerce, transiger ou compromettre sur toutes contestations. Ils peuvent aliéner les immeubles de la société par adjudication publique, s'ils jugent la vente nécessaire pour payer les dettes sociales, ou si le nombre des associés est de sept au plus. — Art. 115. Ils peuvent, mais seulement avec l'autorisation de l'assemblée générale des associés, continuer, jusqu'à réalisation, l'industrie ou le commerce de la société, emprunter pour payer les dettes sociales, créer des effets de commerce, hypothéquer les biens de la société, les donner en gage, aliéner ses immeubles, même de gré à gré, et faire apport de l'avoir social dans d'autres sociétés. »

(3) Voy. MM. Frémery (p. 70), Horson (p. 38), Troplong (n° 1012).

(4) Alauzet (n° 430).

obligations nouvelles à la charge de la société (*infrà*, n° 1960); mais la règle comporte des exceptions, et elle doit fléchir notamment dans les cas où l'acte d'où peut résulter une obligation nouvelle est à considérer comme virtuellement, mais nécessairement, compris dans le mandat que la société a entendu conférer en chargeant son mandataire de la liquider. Un jugement du Tribunal de commerce de Dieppe, dont les motifs ont été adoptés par la Cour de Rouen, contient à cet égard une démonstration complète. « La liquidation d'une société, y est-il dit, consiste à réaliser l'actif pour acquitter le passif, et partager ensuite le surplus entre les sociétaires. Pour parvenir à ce résultat, le liquidateur, dont l'étendue du mandat ne se trouve fixée dans aucun texte de loi, a nécessairement le pouvoir de vendre les marchandises appartenant à la société, d'en recevoir le prix et de toucher toutes les sommes à elle dues; il a aussi évidemment le droit de se faire souscrire des billets à ordre par les débiteurs de cette société, et de les négocier, ainsi que ceux qu'il aurait trouvés en portefeuille lors de son entrée en fonctions, dans le but, soit d'en faciliter le recouvrement, soit de se procurer des fonds dont il aurait besoin en sadite qualité. Si cette dernière faculté lui était interdite, il serait exposé à être souvent paralysé dans sa gestion. L'intention d'anciens sociétaires n'est certainement pas d'apporter de telles entraves à des opérations que chacun d'eux doit désirer voir terminer le plus promptement possible; l'on ne comprendrait pas comment un liquidateur, pressé de solder une créance due par la société, pourrait, afin d'éviter en même temps des poursuites onéreuses et qu'aucune atteinte ne fût portée au crédit de la maison sociale, se servir, pour éteindre sa dette, des fonds provenant du prix des marchandises, ou de sommes qu'il aurait touchées directement des débiteurs, et ne pourrait pas, dans les mêmes circonstances, faire usage de papier qu'il aurait en portefeuille... » (1)

1956. Par ces motifs mêmes, et à plus forte raison, il doit être permis au liquidateur de vendre les créances à terme faisant partie du fonds social.

1957. Il en est ainsi même quant à la vente des immeubles sociaux. Bien qu'elle constitue un acte de liquidation, a-t-on dit cependant, la vente des immeubles de la société ne saurait être consentie sans une autorisation préalable des associés, en raison de son importance même et parce que, pouvant être faite à des conditions très-diverses, elle exige une surveillance toute spéciale de la part des intéressés (2). L'objection, toutefois, n'est pas sérieuse. La réalisation des immeubles peut être indispensable pour arriver à l'extinction complète du passif; et, par cela même, il faut reconnaître qu'à défaut d'une réserve expresse

---

(1) Rouen, 26 août 1845 (Dall., 50, 2, 2). *Junge :* Req., 19 nov. 1834; Rouen, 12 avr. 1845; Paris, 17 mars et 29 août 1849 (Dall., 34, 1, 446; 49, 2, 176; 50, 2, 2). — Voy. aussi MM. Pardessus (*loc. cit.*), Malepeyre et Jourdain (p. 332), Vincens (t. I, p. 362), Delangle (n° 690), Dolez (p. 251 et suiv.).

(2) Voy. MM. Bravard (*Soc.*, p. 290), Pardessus (n° 1074, *in fine*), Delangle (n° 691); Boistel (p. 260).

dans les statuts ou dans l'acte de nomination, les intéressés en ont laissé l'aliénation dans les pouvoirs conférés au liquidateur. Ce dernier a donc, en sa qualité, le droit de vendre les immeubles sociaux même de gré à gré. C'est à tort, selon nous, que des auteurs, tout en reconnaissant le droit en principe, tiennent que le liquidateur doit faire vendre les immeubles judiciairement, et supposent que la vente *tractative* serait nulle si elle n'était pas formellement autorisée par les associés (1). Cela serait vrai, sans doute, sous la loi belge, qui, on l'a vu plus haut (n° 1955, en note), distinguant entre les deux formes, exige l'autorisation de l'assemblée générale des associés pour l'aliénation des immeubles de gré à gré, tandis qu'elle laisse toute action au liquidateur pour l'aliénation par adjudication publique. Mais notre loi est muette; et du moment où l'aliénation des immeubles est à considérer comme virtuellement comprise dans les pouvoirs conférés au liquidateur, il n'y a aucune raison pour astreindre ce dernier à demander un nouveau consentement quand il procède autrement qu'en forme d'adjudication publique. — Il ne faut pas dire non plus, avec d'autres auteurs, que le liquidateur n'est autorisé à vendre qu'autant que les immeubles sont impartageables ou que leur conservation n'est pas dans les vues probables des associés (2). Il peut vendre dès que la vente ne lui est pas formellement interdite par les statuts ou par l'acte de nomination. Il fera bien sans doute, au point de vue de sa responsabilité, de se bien pénétrer de l'état des choses avant de se déterminer à vendre. Mais qu'il ait bien ou mal apprécié les besoins de la liquidation, la vente par lui consentie sera parfaitement valable et absolument inattaquable. En d'autres termes, le liquidateur pourrait mal user de son mandat en aliénant les immeubles de la société; mais il ne l'excéderait pas en cela. La Cour de cassation n'a rien dit de contraire en jugeant que le liquidateur d'une société commerciale, dissoute *sans avoir été définitivement constituée*, ne peut aliéner les biens meubles et immeubles de la société qu'en vertu d'un mandat émané de tous les communistes, et que faite en vertu d'un mandat à lui conféré dans une assemblée générale à laquelle quelques-uns des associés n'auraient été ni présents ni représentés, la vente est nulle comme vente de la chose d'autrui (3). Il s'agissait, dans l'espèce, d'une société de fait qui, n'ayant jamais constitué un être moral, une personnalité juridique, n'avait pu à aucune époque, ni avant, ni après la dissolution, agir que par les individualités dont elle était composée.

1958. Le liquidateur peut également affecter hypothécairement les immeubles sociaux pour sûreté de créances que les tiers auraient contre la société. La Cour de cassation, dont, en ce point, la jurisprudence est contraire, décide que le liquidateur n'a pas le droit d'hypothéquer

(1) Voy. notamment M. Bédarride (n° 609).

(2) Voy. MM. Malepeyre et Jourdain (p. 329), Troplong (n° 1017), Dalloz (v° Société, n° 1031). On peut voir aussi un arrêt de la Cour de cassation, qui, en validant une aliénation indirecte opérée par le liquidateur, s'appuie sur ce que l'immeuble était impartageable. Req., 24 juill. 1871 (S.-V., 71, 1, 47; *J. Pal.*, 1871, p. 156; Dall., 71, 1, 199).

(3) Rej., 13 mars 1866 (S.-V., 67, 1, 333; *J. Pal.*, 1867, p. 882; Dall., 67, 1, 222).

un immeuble de la société en faveur d'un créancier, encore même que l'hypothèque ait été donnée à ce créancier pour obtenir le renouvellement d'effets de commerce échus, souscrits par la société (1). Et c'est l'avis des auteurs, même de ceux qui ne contestent pas au liquidateur le droit d'aliéner les immeubles : constituer hypothèque, disent-ils, c'est créer une charge nouvelle aux associés. Mais ils ne prennent pas garde que l'argument prouverait trop, en ce qu'il conduirait à dire, contrairement à l'avis de ces mêmes auteurs et à une doctrine maintenant incontestée (*suprà*, n° 1954), que le liquidateur n'a pas le droit de consentir un nantissement. Pour nous, tout en reconnaissant qu'il ne peut pas, en général, créer une charge nouvelle pour les associés, nous ne croyons pas que cela soit exclusif de la faculté de conférer hypothèque. En définitive, il s'agit ici, non d'une charge personnelle, mais d'une charge réelle qui grève uniquement la chose, et qui, dans l'hypothèse la plus défavorable, peut aboutir à la vente, c'est-à-dire à un acte qui, nous venons de le voir, est dans les attributions du liquidateur. Et c'est le motif pour lequel, sans doute, le législateur belge, en s'occupant de déterminer les pouvoirs d'un tel mandataire, l'a autorisé, dans les mêmes termes et exactement sous les mêmes conditions, soit à hypothéquer, soit à aliéner les immeubles de la société en liquidation (*suprà*, n° 1955, en note).

1959. La loi belge lui permet aussi, et même sans condition aucune, *de transiger ou compromettre sur toutes contestations*. Or, de tous les points discutés sur l'étendue des pouvoirs de l'administrateur, celui-ci est, dans notre pratique judiciaire et dans notre doctrine, le plus controversé. « Il n'y a rien de plus dangereux, dit-on d'une part, qu'une transaction, qui implique toujours un sacrifice, l'abandon d'une partie de ses droits, pour conserver plus sûrement l'autre partie, et qui peut servir à dissimuler des avantages indirects, des collusions, à couvrir de fausses apparences l'abandon d'un droit certain. Les liquidateurs ne peuvent donc pas transiger, et, par la même raison, ils ne peuvent pas compromettre : car le compromis n'est, au fond, qu'une transaction. » (2) — « Sans doute, dit-on d'un autre côté, le liquidateur pourrait abuser du droit de transiger et compromettre, mais pas plus que des autres pouvoirs qui lui sont conférés : on doit le supposer digne de la confiance des anciens associés qui l'ont investi de ses fonctions. Toute la question se réduit à interpréter le mandat dont il est chargé; or, le pouvoir de transiger et de compromettre est implicitement contenu dans la mission de liquider; car transiger et compromettre, c'est assurément liquider : il n'est pas à croire, en effet, qu'en prenant des mesures pour effectuer leur liquidation, les associés aient entendu ou

(1) Req., 2 juin 1836 (Dall., v° Société, n° 1038). — Voy. aussi MM. Troplong (n° 1022), Delangle (n° 688), Alauzet (n° 430).

(2) Voy. M. Bravard (*Soc.*, p. 289). *Junge :* MM. Troplong (n° 1023), Delangle (n° 688), Bédarride (n°s 600 et suiv.), Persil (p. 364), Dolez (p. 250). Voy. aussi Cass., 15 janv. 1812, et Paris, 18 juin 1828 (Dall., *Rép.*, v° Société, n° 1057).

voulu qu'elle ne pût jamais être faite par des voies amiables. » (1) Nous sommes complétement de ce dernier avis. Et l'on pourrait ajouter, avec les rédacteurs de la loi belge, « qu'un procès peut tenir pendant bien des années une liquidation en suspens; qu'il est rare qu'une transaction nuise à une partie; et qu'il est presque impossible que, dans une liquidation, elle ne compense pas les sacrifices qu'elle impose par les lenteurs qu'elle rachète. » (2) C'est encore une raison de penser que le mandat, dont l'objet spécial est le règlement final des affaires de la société dissoute, comprend virtuellement, dans les vues de ceux qui le constituent, le droit de conclure des actes qui, comme la transaction et le compromis, peuvent conduire promptement au but qu'ils se sont proposé.

1960. Mais si étendus que soient les pouvoirs et les attributions du liquidateur, ils ne sauraient, en principe, contenir le droit de faire des emprunts. Les intéressés, en lui donnant pour mission de liquider la société, lui ont imposé le devoir de le faire avec les seules ressources sociales et sans obérer leur patrimoine personnel. Le liquidateur ne pourrait donc pas, même pour acquitter une dette sociale devenue exigible, se procurer des fonds par la voie des emprunts. Il devrait attendre d'avoir fait des recouvrements qui lui permissent de satisfaire aux obligations de la société; et si les exigences des créanciers étaient telles qu'il ne pût différer le payement, il devrait avertir les intéressés, qui aviseraient aux moyens de répondre à ces exigences, soit en fournissant eux-mêmes les fonds nécessaires, soit en autorisant le liquidateur à emprunter.

Telle est la règle. Toutefois, elle n'est pas sans exceptions. Ainsi, il dépend incontestablement des parties d'accroître les pouvoirs ordinaires du liquidateur; elles y peuvent donc, par une stipulation expresse, ajouter celui d'emprunter, qui, en principe, n'y est pas compris. Bien plus, l'emprunt peut être autorisé même tacitement. Par exemple, des opérations étant commencées avant la mise en liquidation de la société, le liquidateur chargé de les conclure aurait par cela même le pouvoir de prendre, au nom de la société, tous les engagements nécessaires pour les mener à fin (3); il en serait de même si mission lui avait été donnée de continuer le commerce jusqu'à la vente du fonds social et au terme de la liquidation. Nous n'avons pas à rechercher les situations diverses dans lesquelles la faculté d'obliger la société peut être considérée comme tacitement comprise dans les pouvoirs des liquidateurs : c'est là un point de fait et d'appréciation à résoudre d'après les circonstances.

---

(1) Voy. MM. Pardessus (n° 1074) et Alauzet (n° 429). *Junge :* MM. Vincens (p. 362), Horson (p. 49), Boistel (p. 260). Voy. aussi Rennes, 21 mars 1831 (Dall., *Rép.*, v° Société, n° 1058); Paris, 6 janv. 1854 (Dall., 54, 2, 713). — *Comp.* Aix, 31 mai 1871 (S.-V., 72, 2, 47; *J. Pal.*, 1872, p. 228).

(2) Voy. le rapport fait par M. Pirmez à la Chambre des députés (*Comment. législ. et doct.* de M. Waelbroeck, p. 465 et 466).

(3) *Comp.* Rej., 8 août 1849 (Dall., 49, 1, 309; *J. Pal.*, 1850, t. I, p. 60; S.-V., 49, 1, 679).

Rappelons seulement la jurisprudence ci-dessus relevée, et de laquelle il résulte que cette faculté est comprise dans le pouvoir de négocier les valeurs en portefeuille (*suprà,* n° 1955).

Restent maintenant à préciser les droits et les devoirs du liquidateur dans ses rapports soit avec les tiers, soit avec les associés.

VI. — 1961. Vis-à-vis des tiers, le liquidateur représente la société en liquidation; il en est le mandataire. La conséquence pratique de cette situation, c'est qu'il peut agir, au nom de la société, en tout ce qui tend à régler d'une manière définitive ce qu'elle doit ou ce qui lui est dû. Ainsi, il peut et il doit discuter et arrêter les comptes présentés par les créanciers sociaux, payer à ces derniers ce qui leur est dû, répondre aux actions, soit personnelles, soit réelles, dirigées contre la société, prévenir ou terminer le procès en transigeant avec les créanciers qui l'intentent ou menacent de l'intenter (n° 1959).

1962. Peut-il être poursuivi par les créanciers à propos des dettes par lui contractées valablement pendant la liquidation? Oui, sans doute, s'il s'est obligé en son nom personnel (1), ou s'il a accepté de continuer les opérations jusqu'à parfaite liquidation, et s'est chargé de gérer et administrer sous sa responsabilité personnelle (2). Non, s'il a agi en sa qualité de liquidateur seulement; il ne saurait alors être poursuivi, en général, que jusqu'à concurrence du montant de l'actif social qu'il a entre les mains, ou du compte qui le constituerait reliquataire. C'est, en d'autres termes, l'application des règles du mandat : obligeant la société sans s'obliger lui-même, le liquidateur ne doit pas être poursuivi sur ses biens personnels (3). Seulement, il peut être associé en même temps que liquidateur : dans ce cas, il sera tenu des dettes valablement contractées pendant la liquidation, dans la mesure même où il est tenu des autres dettes sociales, c'est-à-dire solidairement s'il est associé en nom collectif, et, s'il est commanditaire ou actionnaire, jusqu'à concurrence de ce qn'il devrait encore à la société.

1963. Il est le représentant de la société pour les débiteurs sociaux, aussi bien que pour les créanciers. Il lui appartient donc de recevoir tous payements et de donner quittance (4). C'est même entre ses mains seulement, ou en celles du mandaire par lui chargé du recouvrement, que les débiteurs doivent payer pour être valablement libérés. Lorsqu'une société de commerce s'est mise en liquidation avec constitution d'un mandataire pour la liquider, a dit la Cour de cassation, les anciens

---

(1) La Cour de Bordeaux a jugé que le commanditaire qui s'est chargé de la liquidation et s'est rendu cessionnaire de l'actif social, à la charge d'en payer le passif, se trouve substitué complétement à la société, et peut être actionné en rapport des créances payées à la société par des débiteurs faillis, contrairement aux art. 446 et 447 du Code de commerce. — Bordeaux, 17 déc. 1868, avec rej., 18 juill. 1870 (Dall., 70, 1, 348).

(2) Voy. Paris, 28 avr. 1841 (Dall., *Rép.*, v° Société, n° 1061). *Comp.* Req., 24 nov. 1869 (Dall., 71, 1, 119; S.-V., 70, 1, 168; *J. Pal.*, 1870, p. 392).

(3) Voy. Req., 21 nov. 1848 (Dall., 49, 1, 252; S.-V., 49, 1, 263; *J. Pal.*, 1849, t. II, p. 254).

(4) Voy. Rej., 19 nov. 1849 (Dall., 50, 1, 28; S.-V., 50, 1, 31; *J Pal.*, 1850, t. I, p. 662).

associés ne peuvent, même proportionnellement à la part qu'ils ont dans la société, toucher le montant des créances sociales et en donner quittance libératoire, ce droit appartenant au liquidateur seul tant que dure l'opération qui lui est confiée (1). Si la dette sociale était garantie par une hypothèque ou par un gage, le liquidateur, par cela même qu'il n'incombe qu'à lui de recevoir le payement, aurait le droit de donner mainlevée ou d'opérer la remise des effets donnés en nantissement. Le texte précité de la loi belge (*suprà,* n° 1955, en note) exprime que les liquidateurs peuvent donner mainlevée *avec ou sans quittance.* Nous ne voudrions pas induire de là qu'ils pourraient renoncer à l'hypothèque obtenue par la société. Une telle renonciation dépasserait assurément les droits du liquidateur.

1964. Enfin, à défaut de disposition contraire dans les statuts ou dans l'acte de nomination, le liquidateur doit agir en justice, au nom de la société qu'il représente, contre les débiteurs sociaux. Il peut faire exécuter toute condamnation par lui obtenue : en conséquence, il donne et reçoit les assignations, il interjette appel et se pourvoit en cassation; il peut inscrire l'hypothèque résultant du jugement, saisir, exproprier, faire, en un mot, tous les actes propres à ramener à complète exécution les condamnations prononcées sur sa demande. Ceci, d'ailleurs, ne s'entend, nous le rappelons, que du liquidateur d'une société commerciale revêtue de la personnalité juridique. C'est par erreur que la Cour de Paris a cru pouvoir faire l'application de ces règles à la liquidation d'une association en participation (*suprà,* n° 1933).

VII. — 1965. Dans les rapports des associés avec le liquidateur, ce dernier est encore à considérer comme le mandataire et le représentant de l'être moral qui personnifie la société en liquidation. Mais, par la force même des choses, et en raison des fonctions dont il est investi, ses rapports avec les anciens associés sont tels que, d'une part, il devra agir envers eux comme vis-à-vis des tiers, spécialement dans le cas où leur intérêt est en opposition avec celui de la société, et que, d'un autre côté, au point de vue de sa situation personnelle, de ses obligations et de ses droits, il aura à les considérer comme représentant à eux tous la société en liquidation dont il est le mandataire.

1966. Ainsi, et d'un côté, comme mandataire et continuateur de l'être moral, le liquidateur a qualité pour poursuivre les associés qui n'auraient pas rempli envers la société toutes les obligations dont ils étaient tenus. La Cour de Lyon, en constatant le droit, pour le liquidateur d'une société en commandite, de contraindre les commanditaires au versement de leur mise, qui est une partie de l'actif social, a justement décidé que le commanditaire poursuivi ne saurait répondre à la demande par l'offre de compenser sa dette avec la part de l'actif qui doit lui revenir (2). Il n'y a lieu, en effet, dans une telle hypothèse, ni à compensation légale, ni à compensation conventionnelle; car il y a,

---

(1) Req., 27 juill. 1863 (Dall., 63, 1, 460; *J. Pal.*, 1864, p. 171; S.-V., 63, 1, 457).
(2) Voy. Lyon, 2 févr. 1864 et 7 avr. 1865 (Dall., 65, 2, 177).

non pas deux créances respectivement liquides, mais la créance de la société d'une part, et, d'une autre part, un droit de copropriété dans le fonds social, droit éventuel tant que subsiste l'être moral, par conséquent jusqu'au jour où le partage et la liquidation seront terminés. — Aux termes d'un arrêt de la chambre des requêtes, le liquidateur n'aurait pas, en cette qualité, le droit de réclamer aux associés leurs parts contributives dans les dettes sociales en dehors du versement de leur apport (1). Il s'agissait, dans l'espèce, de poursuites dirigées contre les membres d'une société civile. La solution serait inadmissible, quant aux sociétés commerciales, dans le cas du moins où les poursuites seraient exercées par le liquidateur soit contre les membres d'une société collective, soit contre les associés en nom d'une société en commandite.

1967. Par réciprocité, les associés, s'ils étaient créanciers de la société, pourraient s'adresser au liquidateur pour se faire payer de ce qui leur est dû. En effet, la société reste avec sa personnalité pendant la liquidation, et elle est représentée à l'égard de tous par le liquidateur (2). Mais, dans cette hypothèse, rien ne s'opposerait à ce que l'associé compensât avec sa créance celles que la société aurait contre lui. La compensation aurait même lieu de plein droit si ces créances respectives se trouvaient dans les conditions déterminées par les art. 1291 et suivants du Code civil.

1968. Ces règles, du reste, sont sans application à la liquidation des associations en participation. Ces associations étant dépourvues de toute personnalité, le liquidateur, au lieu de représenter un être moral, est purement et simplement le mandataire des associés; et cela exclut la possibilité, pour lui, d'agir contre les associés en payement de ce qu'ils devraient à la participation, et, pour les participants, de s'adresser à lui à l'effet d'obtenir le payement de ce qui leur serait dû.

1969. Le liquidateur aurait-il qualité pour faire déclarer solidairement responsable le commanditaire qui se serait immiscé dans la gestion? La question se lie à la question plus générale de savoir si c'est dans l'intérêt des tiers seulement, spécialement des créanciers sociaux, qu'est édictée la disposition des art. 27 et 28 du Code de commerce, modifié par la loi du 6 mai 1863. Si la solution était affirmative, le liquidateur serait sans qualité pour agir, puisque, en principe, il n'est pas le représentant des tiers; et, en effet, la Cour de Lyon a jugé expressément que les tiers ayant seuls qualité, à l'exclusion des associés, pour faire déclarer le commanditaire qui s'est immiscé solidairement responsable des dettes sociales, le liquidateur judiciaire de la société, qui la représente et ne représente pas les tiers, est non recevable à exercer une telle action (3). Mais, à notre avis, ce n'est pas seulement dans l'intérêt des tiers, c'est aussi dans l'intérêt de la société elle-même, que la loi défend à l'associé commanditaire de faire aucun acte de gestion (*suprà*, n[os] 1457 et suiv.). Nous en avons conclu que le commanditaire en état

(1) Req., 16 févr. 1874 (*J. Pal.*, 1874, p. 536; S.-V., 74, 1, 216; Dall., 74, 1, 414).
(2) *Comp.* Req., 19 déc. 1871 (S.-V., 72, 1, 211; *J. Pal.*, 1872, p. 544).
(3) Voy. Lyon, 27 mai 1859 (S.-V., 60, 2, 16; *J. Pal.*, 1860, p. 856).

nous ne voudrions pas dire qu'il n'a pas le droit de faire la substitution, même à la charge de répondre des actes du mandataire substitué. Il a, selon nous, comme tout autre mandataire, le bénéfice de l'art. 1994 du Code civil, et dès lors, dans le cas où il se substituerait un tiers, il serait responsable vis-à-vis des associés des fautes de ce tiers comme s'il les avait commises lui-même, sauf, bien entendu, son recours contre le substitué. Il n'en serait autrement, par application de l'article précité, que s'il avait reçu le pouvoir de se substituer une personne déterminée, ou si, ayant reçu ce pouvoir sans désignation de personne, le tiers qu'il s'est substitué n'était pas notoirement incapable ou insolvable. Sur tous ces points et sur les difficultés que peut engendrer cette substitution de personne, nous renvoyons à notre commentaire de l'article 1994 du Code civil (1).

1975. De leur côté, les associés sont tenus à des obligations envers le liquidateur. Ils doivent d'abord le rendre indemne de tous les engagements qu'il a contractés pour la société, sans sortir des limites de son mandat. Et il n'y a pas à distinguer entre les engagements pris au nom de la société et ceux que le liquidateur aurait contractés en son nom personnel, si, d'ailleurs, il est certain qu'ils ont eu tous pour objet la liquidation et ont profité aux anciens associés. En conséquence, les associés auront : 1° à lui rembourser toutes les sommes tirées de son patrimoine et payées à son acquit, avec les intérêts à dater du jour des avances constatées (C. civ., art. 2001) ; 2° à l'indemniser de toutes pertes essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable (art. 2000) ; 3° à lui payer ses honoraires, s'il en a été promis.

1976. Mais quels moyens le liquidateur a-t-il pour se faire payer? S'il y a excédant d'actif, il pourra certainement, comme créancier, y prélever ce qui lui est dû. Toutefois, ce prélèvement ne pourrait être effectué à l'encontre des créanciers sociaux. Le liquidateur, n'étant pas le mandataire de ces créanciers, qu'il ne représente pas, ne saurait prétendre qu'ils sont obligés vis-à-vis de lui, soit à lui payer ce qui lui est dû pour ses frais et ses dépenses de liquidation, soit, ce qui au fond reviendrait au même, à souffrir qu'il se paye, par préférence à eux, sur l'actif qui est leur gage. Le prélèvement ne sera donc possible de sa part qu'autant qu'il y aura une excédant d'actif, les dettes sociales étant intégralement payées.

Que si l'actif est insuffisant, le liquidateur aura le droit de recourir contre les associés. S'il était lui-même associé, il ne pourrait demander à chacun de ses anciens coassociés que sa part et portion virile. On lui opposerait justement la maxime *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio,* s'il réclamait davantage (2). S'il était étranger à la société, il pourrait agir contre les anciens associés suivant la mesure et dans les termes où ils sont tenus des dettes sociales, c'est-à-dire soli-

(1) Voy. *Petits Contrats* (t. I, n°s 1015 et suiv.).
(2) Voy. Rej., 8 janv. 1862 (Dall., 63, 1, 75 ; S.-V., 62, 1, 478 ; *J. Pal.*, 1862, p. 905).

dairement s'ils étaient associés en nom collectif, et jusqu'à concurrence de ce qu'ils devraient encore sur leur mise ou sur leurs actions s'ils étaient commanditaires ou simples actionnaires (1). L'art. 2002 du Code civil dit, à la vérité, que lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat. Mais nous ne sommes pas ici dans l'hypothèse de cet article, en ce que le liquidateur est le mandataire de l'être moral, société, et non de chacun des associés en particulier (*suprà*, n° 1935). Il en serait autrement s'il s'agissait de la liquidation d'une participation; une telle association étant sans personnalité juridique, son liquidateur ne serait à considérer que comme un simple mandataire des associés, et il pourrait invoquer l'article précité, si, d'ailleurs, il était étranger à la société.

1977. Telles sont les actions auxquelles la liquidation donne naissance entre les anciens associés et le liquidateur. Ajoutons qu'au point de vue de la prescription, ces actions restent dans les termes du droit commun, et ne se prescrivent, dès lors, que par trente ans (C. civ., art. 2262). L'art. 64 du Code de commerce, dont l'explication trouvera sa place dans la dernière section de ce chapitre, dispose, il est vrai, que « toutes actions contre les associés non liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société, si l'acte de société, qui en énonce la durée, ou l'acte de dissolution, a été affiché ou enregistré conformément aux articles 42, 43, 44 et 46... » Mais on est généralement d'accord pour reconnaître que cet article est inapplicable dans les rapports des associés avec le liquidateur. Et, en effet, cela s'induit avec évidence, soit du point de départ fixé à cette prescription, lequel, étant la *dissolution de la société,* précèderait la naissance de l'action, contrairement à la maxime *Actioni non natæ, non prescribitur,* soit de la condition de publicité imposée par la loi, condition qui, parfaitement justifiée pour l'application de l'art. 64 dans les rapports des associés avec les tiers, serait inexplicable dans son application aux rapports nés de la liquidation entre le liquidateur et les associés, chacun d'eux sachant nécessairement que la société a cessé d'exister.

SECTION II

DU PARTAGE.

SOMMAIRE.

I. 1978. Transition : le partage des sociétés de commerce est, en général, soumis aux règles relatives au partage des sociétés civiles : renvoi. — 1979. A partir de la dissolution, tout associé peut demander le partage. — 1780. Composition de la masse à partager et opérations préliminaires; prélèvements et reprises. — 1981. Le partage s'opère ensuite conformément à la convention, et, à défaut, proportionnellement au droit des parties : renvoi.

II. 1982. Forme du partage : en général, le partage des sociétés doit être fait de la

(1) *Comp.* Req., 24 déc. 1862 (S.-V., 63, 1, 46; Dall., 63, 1, 66).

même manière que celui des successions. Application des art. 826, 827, 838 et 839 du Code civil.

III. 1983. Obligations résultant du partage pour les copartageants : application aux partages entre associés des art. 884, 885 et 887 du Code civil. — 1984. Cependant, toutes les règles concernant le partage entre cohéritiers ne sauraient être étendues aux partages entre associés : erreur de la Cour d'Angers, qui a fait à ces derniers partages l'application de l'art. 856. — 1985. Suite : inapplicabilité des art. 792, 819 et suivants, 841 et 882; renvoi.

IV. 1986, 1987. Effets du partage : il y a une différence notable, sous ce rapport, entre le partage des sociétés civiles et celui des sociétés de commerce : il est simplement déclaratif pour les uns et pour les autres; mais tandis que l'effet rétroactif remonte au jour où les choses ont été acquises à la société pour les sociétés civiles, il s'arrête au jour de la dissolution pour les sociétés commerciales. — 1988. *Quid* en ce qui concerne le partage des participations?

I. — 1978. Lorsque la liquidation est terminée, si, toutes les dettes et charges sociales étant acquittées, il reste un excédant, la répartition en doit être faite entre les anciens associés ou leurs ayants droit : c'est encore une des conséquences de la dissolution; c'est le partage. Après les observations dont cette opération a été l'objet dans notre commentaire des sociétés civiles, nous n'aurons pas à insister longuement ici, les règles, en ce qui concerne le partage des sociétés commerciales, étant, en général, celles-là mêmes qui s'appliquent aux sociétés civiles. Nous aurons donc surtout à nous référer aux observations précitées (*suprà*, n°s 773 à 797), sauf à préciser les quelques modifications dont, en raison de la nature des sociétés commerciales, les règles du partage sont susceptibles dans leur application au partage de l'actif de ces sociétés.

1979. Et d'abord, rappelons qu'à partir de la dissolution par l'effet de laquelle l'état d'indivision succède en réalité à l'état de société, tout associé a le droit de demander le partage et d'exiger qu'il y soit procédé, nul, aux termes de l'art. 815 du Code civil, ne pouvant être contraint à demeurer dans l'indivision. Ce n'est pas à dire, toutefois, qu'il dépend d'un associé de faire que la société soit partagée immédiatement et avant toute liquidation. Cette première opération, préliminaire au partage, est facultative, sans doute, en ce sens que les associés pourraient s'en abstenir et procéder à la répartition immédiate des bénéfices réalisés (*suprà*, n° 1927). Mais leur accord est nécessaire; et si l'un d'eux, fût-il seul de son avis, demandait une liquidation préalable de la société, la liquidation, qui d'ailleurs est le moyen naturel et normal de préparer le partage, s'imposerait à tous et ne pourrait être évitée.

1980. Le partage ne saurait être effectué *de plano* : il y a toujours et nécessairement à remplir des opérations préliminaires, telles que règlements des comptes particuliers des associés, reprises et prélèvements, composition de la masse à partager; c'est à la liquidation qu'il incombe de les accomplir. Il appartient au liquidateur, nous l'avons dit à la section précédente, d'arrêter les comptes des anciens associés; il peut les débattre contradictoirement avec eux, exiger le payement des reliquats, sans que l'associé soit en droit d'opposer en compensation ce qu'il aura à recevoir pour sa part dans l'actif de la société, sauf, toutefois, si le liquidateur a en mains des valeurs libres et suffisantes pour désinté-

resser les créanciers, à ne pas exiger le payement et à laisser les associés tenir compte ultérieurement sur leurs parts, lors du partage, de ce dont ils restent débiteurs (*suprà,* n° 1966). Il lui appartient également de consentir les prélèvements et les reprises, spécialement de remettre aux associés les choses apportées à la société pour la jouissance seulement, et dont, par suite, la reprise peut être effectuée dès que la société vient à être dissoute. Enfin, il a, d'une manière générale, tous les pouvoirs nécessaires pour composer la masse à partager.

Sur ces divers points, et sur les règles relatives à l'accomplissement de ces opérations préliminaires, nous nous référons à notre commentaire de l'art. 1872 du Code civil (*suprà,* n°s 779 à 781). Notons seulement, quant à la masse à partager, que si elle doit naturellement comprendre tout ce qui, en objets matériels ou autres, constitue une valeur appréciable, il faut au moins que tout ce qui y est porté soit bien réellement et irrévocablement chose de la société. Dans une espèce où il s'agissait de partager une association en participation, la Cour de Poitiers avait considéré comme devant être comprise dans la masse, à titre de bénéfice, une somme payée par un tiers avec lequel l'un des associés avait traité en son nom personnel, alors que cette somme, quoique versée en vertu d'un arrêté de compte, était l'objet d'une demande en restitution de la part de celui qui en avait effectué la versement. Mais, sur le pourvoi en cassation, la chambre civile a décidé qu'en comprenant dans le partage effectif de l'association un bénéfice non encore réalisé définitivement et même litigieux, la Cour de Poitiers avait formellement violé l'art. 1832 du Code civil (1).

1981. La masse étant composée, il est procédé au partage entre tous les ayants droit, conformément aux conventions sociales si la part de chacun a été déterminée par avance, et, à défaut de convention, proportionnellement à la mise de chacun dans le fonds de la société. Et, ici encore, nous n'avons rien à ajouter aux observations présentées, à propos du partage des sociétés civiles, aux n°s 782 et suivants. Il convient seulement de rappeler que, contrairement à l'avis de quelques auteurs, nous n'admettons pas qu'il appartienne au liquidateur, en sa qualité propre, de composer les lots; il ne le pourrait faire qu'en vertu d'un pouvoir nouveau et spécial (*suprà,* n° 1948). En conséquence, si les intéressés ne pouvaient pas se mettre d'accord sur ce point, ils auraient à s'adresser aux tribunaux, qui trancheraient le différend.

II. — 1982. C'est particulièrement en ce qui concerne les formes du partage, et les obligations qui en résultent pour les copartageants, que l'art. 1872 du Code civil déclare applicables aux partages entre associés les règles concernant le partage des successions. D'après cela, on peut dire qu'en général le partage des sociétés doit être fait de la même manière que celui des successions. Ainsi, nous avons reconnu, en traitant des sociétés civiles, et cela conformément à un arrêt de la Cour de Lyon (*suprà,* n° 788), que l'art. 828 du Code civil est applicable au

(1) Cass., 20 mai 1874 (S.-V., 74, 1, 427; *J. Pal.*, 1874, p. 1088; Dall., 75, 1, 29).

partage des sociétés, et, par suite, chacun des anciens associés a le droit de demander qu'on lui attribue sa part en nature dans les objets composant la masse commune (1). Cela est d'application également au cas de partage d'une société commerciale, et, de fait, c'est d'une société de commerce qu'il s'agissait dans l'espèce sur laquelle il a été statué par l'arrêt précité de la Cour de Lyon. Il faut néanmoins reconnaître que, dans la plupart des cas, la nature spéciale des biens composant le fonds social en rendra le partage impossible et la réalisation nécessaire. Et, d'un autre côté, il est vrai de dire que, dans les sociétés de commerce, les biens dont le fonds social est composé sont, en général, considérés moins en eux-mêmes que comme instruments de travail et moyens d'acquisition, en sorte que, le plus souvent, l'intérêt des anciens associés sera de les réaliser plutôt que de les reprendre. Quoi qu'il en soit, le droit d'exiger le partage en nature ne saurait leur être contesté en principe; et, s'ils l'exigent, le partage doit être ainsi effectué, pourvu qu'il soit possible ou même qu'il n'impose pas de trop grands sacrifices. — Il faut appliquer également l'art. 827, relatif à la licitation, et les art. 838 et 839, d'après lesquels, si tous les intéressés ne sont pas présents ou s'il y a parmi eux des interdits ou des mineurs, même émancipés, le partage ou la licitation doivent être faits en justice (*suprà*, nos 789 à 792).

III. — 1983. L'art. 1872 étant également explicite en ce qui concerne les obligations résultant du partage pour les copartageants, il s'ensuit que les art. 884 et 885 sont applicables aux partages entre associés. Ainsi, les copartageants demeurent respectivement garants les uns envers les autres des troubles et évictions procédant d'une cause antérieure au partage (art. 884). Chacun d'eux est personnellement obligé, en proportion de sa part, d'indemniser son copartageant de la perte que l'éviction lui a causée; et si l'un d'eux est insolvable, la portion dont il est tenu doit être répartie également entre le garanti et tous les copartageants solvables (art. 885). En toute hypothèse, il y aurait lieu à la rescision pour lésion de plus du quart (art. 887).

1984. Cependant, quelque générale que soit l'énonciation de l'article 1872, toutes les règles concernant le partage des successions ne sauraient évidemment être étendues aux partages entre associés. La Cour d'Angers, dans une affaire toute récente, s'était méprise à cet égard au point de transporter dans la matière des sociétés une disposition du Code civil relative aux *rapports à succession*, et de juger spécialement, par application de l'art. 856, que l'associé déclaré comptable d'une somme envers l'un de ses coassociés, devait l'intérêt de cette somme à dater, non du jour de la demande en justice, mais de celui de la dissolution de la société. La décision ne pouvait manquer d'être cassée. « Si l'art. 1872 du Code civil, a dit la Cour suprême, dispose que les règles concernant le partage des successions, la forme

---

(1) Voy. Lyon, 23 juill. 1856 (S.-V., 58, 2, 264; *J. Pal.*, 1858, p. 623; Dall., 58, 2, 214).

de ce partage et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés, il ne s'ensuit pas que toutes les règles établies pour le partage des successions doivent être étendues aux partages entre associés. On ne saurait, en effet, considérer comme communes aux deux classes de partage les règles qui, par leur nature, sont toutes spéciales aux partages entre cohéritiers. Il en est ainsi, notamment, de la règle posée en l'art. 856, aux termes duquel les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport ne sont dus qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession. Cette disposition, qui a trait à l'obligation du rapport entre cohéritiers, résiste, par son objet même, à l'idée qu'elle puisse être invoquée par des associés à raison des obligations dont ils peuvent être tenus les uns envers les autres, par suite de la convention de société. Édictée dans une pensée d'équité, pour que des successibles donataires de valeurs qu'ils doivent rapporter ne puissent pas être recherchés pour des fruits ou des intérêts perçus jusqu'à l'ouverture de la succession du donateur, et peut-être consommés, elle ne saurait être invoquée, par analogie, pour ou contre les associés dont les droits et les obligations ont leur source dans des rapports conventionnels qui n'ont et ne peuvent avoir rien de commun avec la situation à laquelle se réfère la règle posée par l'art. 856. Dès lors, ces droits et obligations, auxquels ce dernier article n'est à aucun titre applicable, restent sous l'application des principes généraux, et, par suite, s'il arrive, comme dans l'espèce, que, par le résultat de la liquidation de la société, l'un des associés soit constitué débiteur vis-à-vis d'un autre, la dette, portant intérêts, est soumise à la règle générale de l'art. 1153 du Code civil, d'après lequel les intérêts d'un capital ne sont dus par le débiteur qu'à partir de la demande en justice. D'où il suit qu'en condamnant le demandeur à payer les intérêts de la somme dont il était déclaré comptable à partir du jour de la dissolution de la société, l'arrêt attaqué a faussement appliqué l'art. 856 du Code civil et expressément violé l'art. 1153 du même code.» (1)

1985. Sont également inapplicables aux partages entre associés : l'art. 792, d'après lequel les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets d'une succession ne peuvent prétendre aucune part dans les objets divertis ou recélés (*suprà,* n° 787); les art. 819 et suivants, relatifs à l'apposition des scellés (*suprà,* n° 1931); l'art. 1841, qui autorise le retrait successoral (*suprà,* n° 783); l'art. 882, dans la disposition d'après laquelle les créanciers qui ont négligé de faire opposition ou d'intervenir au partage ne peuvent pas attaquer ce partage comme fait en fraude de leurs droits (*suprà,* n° 785). Sur ces divers points, il n'y a pas à distinguer entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales; les solutions émises à propos du partage des premières s'appliquent sans réserve au partage des secondes.

IV. — 1986. Au contraire, il y a une différence notable entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales en ce qui concerne les effets

---

(1) Cass., 24 févr. 1879 (*J. Pal.*, 1879, p. 409; S.-V., 79, 1, 169; Dall., 79, 1, 103).

du partage. L'art. 883 du Code civil est applicable aux unes et aux autres, sans doute, et, pour les unes comme pour les autres, il est dès lors vrai de dire que le partage étant simplement *déclaratif* et non *translatif*, chaque copartageant est censé avoir été toujours propriétaire de tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la société (*suprà*, n° 793). Mais à quelle époque remonte l'effet rétroactif du partage, ou à partir de quel jour les copartageants sont-ils censés avoir été seuls propriétaires de tous les effets compris dans leurs lots? Ici est la différence. L'effet rétroactif, quant aux sociétés civiles, remonte au jour même où la société s'est formée, ou du moins au moment où les choses ont été acquises à la société (*suprà*, n° 794), tandis que, pour les sociétés commerciales, il s'arrête au jour de la dissolution de la société. Cette différence procède de l'idée qu'en principe, la rétroactivité du partage ne saurait remonter avant le jour où a commencé l'indivision. Or, si, dans la société civile, l'indivision commence à la formation du contrat, en ce que la société, ne comportant pas la fiction de l'être moral, constitue par elle-même une simple indivision entre les associés, dans les sociétés commerciales, revêtues, au contraire, de personnalité juridique, la société, être moral, capable de posséder, est investie de la propriété de tout ce qui compose le fónds social, en sorte que c'est seulement le jour où elle prend fin par la dissolution que les associés deviennent communistes et que l'indivision commence.

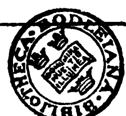
Tel n'est pas l'avis de M. Troplong; selon lui, il n'y aurait pas à distinguer, et même, en ce qui concerne les sociétés commerciales, l'effet rétroactif du partage remonterait jusqu'à la formation de la société. Si, tant qu'elle existe, dit l'auteur en résumé, la société constitue une personne civile, c'est là une fiction du droit. Or, quelque utile qu'elle soit, cette fiction ne saurait aller jusqu'à supprimer entièrement l'idée de copropriété et d'indivision inséparable d'une société. Cette copropriété indivise se fait jour quelquefois pour reprendre sa réalité. Elle reparaît surtout avec éclat à l'époque de la dissolution, *non pas comme une chose nouvelle, mais comme un droit momentanément intercepté*. C'est pourquoi l'effet rétroactif, *ne trouvant plus la personne civile,* cause de cette interception, *agit en toute liberté sur un passé qui, dans la vérité des choses, n'a pas cessé d'être un état d'indivision* (1). Mais où est le texte qui justifie cette affirmation, base même du système, que la dissolution, en détruisant la personne civile, la fait disparaître *même dans le passé?* Non-seulement il n'en existe pas, mais encore il y en a un au moins, l'art. 529 du Code civil, qui est directement contraire. Et, en effet, si la doctrine de M. Troplong était fondée, s'il était vrai que l'effet rétroactif remontât jusqu'à la formation de la société, il en résulterait nécessairement que les immeubles tombés au lot d'un associé seraient réputés lui avoir appartenu dès l'origine, que dès l'origine il aurait eu un droit immobilier, et, par suite, que les droits

(1) M. Troplong (n°s 1063 et suiv.). *Junge* M. Bédarride (n°s 511 et suiv.).

réels conférés par cet associé sur les susdits immeubles, même avant la dissolution de la société, seraient néanmoins valablement consentis; que, venant à se marier sous le régime de la communauté légale, pendant l'existence de la société, cet associé garderait ces immeubles comme bien propre. Or, rien de cela n'est possible en présence de l'article 529 du Code civil. Aux termes de cet article, chaque associé est réputé n'avoir qu'un droit purement mobilier *tant que dure la société*. Donc, en raison de sa nature même, ce droit tombera dans la communauté légale de l'associé qui se marierait sous ce régime pendant l'existence de la société, sans qu'il y ait à se préoccuper des résultats possibles du partage futur de la société; donc encore, il ne pourra pas, avant la dissolution, concéder valablement un droit réel sur les immeubles qui lui seraient attribués ultérieurement, puisque la loi, sans attendre l'issue définitive du partage, imprime un caractère purement mobilier au droit qu'il a dans la société. Ainsi, contredit par un texte positif dans ses conséquences les plus directes, le système de M. Troplong doit être rejeté. Et il faut maintenir que c'est seulement à l'époque de la dissolution que les biens sociaux, ne pouvant plus appartenir à un être moral qui a cessé d'exister, deviennent la propriété indivise des associés; à ce moment, dès lors, que l'indivision commence, et à ce moment, par conséquent, que s'arrête l'effet rétroactif du partage.

1987. Ne faudrait-il même pas dire, la personnalité de la société subsistant encore après la dissolution de la societé et survivant tant que dure la liquidation, que l'indivision commence seulement le jour où la liquidation est terminée, et, partant, que l'effet rétroactif du partage doit s'arrêter là? Nous ne le pensons pas, au moins pour ce qui concerne les associés dans leurs rapports entre eux. Si, pendant la durée de la société, les associés ont en mains un droit réputé purement mobilier, et s'ils ne doivent pas sous certains rapports être considérés comme copropriétaires du fonds social, ce n'est pas seulement parce que la propriété de ce fonds appartient à l'être moral, c'est aussi parce que leur droit principal, comme actionnaires ou intéressés, est de réclamer la distribution de dividendes, c'est-à-dire de choses purement mobilières. Quant aux immeubles sociaux, leur nature, par rapport aux associés, est en quelque sorte absorbée dans l'idée de spéculation, objet même de la société; ce ne sont plus des biens à considérer en eux-mêmes avec leur nature propre; ce sont des instruments de travail, qu'on apprécie eu égard aux bénéfices qu'ils produisent ou qu'ils concourent à procurer, et nullement d'après leurs caractères extrinsèques. C'est pour cela que la loi voit dans les associés moins des copropriétaires éventuels des immeubles sociaux que des créanciers de dividendes à percevoir pendant la durée de la société (1). Mais il n'en est plus ainsi à partir de la dissolution de la société; il n'y a plus alors de dividendes à toucher, il y a un fonds commun à partager entre les intéressés, et si, à partir de la dissolution, la propriété continue encore à

(1) Voy. Marcadé (sur l'art. 529, t. II, n° 378).



certains égards à résider sur la tête de l'être moral dans lequel la société en liquidation reste personnifiée, il n'en est pas moins vrai que la loi reconnaît aussi et concurremment aux associés la qualité de copropriétaires, puisqu'elle leur permet de former une demande en partage. Or, par elle-même, la liquidation, quels qu'en soient les caractères, ne saurait suffire à enlever aux anciens associés cette qualité de communistes, car elle est une dépendance ou, si l'on veut, une opération préliminaire du partage, et le partage suppose nécessairement l'indivision. La preuve de ceci, d'ailleurs, est dans la disposition même invoquée tout à l'heure, dans l'art. 529 du Code civil; car si les actions ou intérêts dans les compagnies y sont rangés parmi les meubles par détermination de la loi, c'est seulement pour la durée de la société, et, par là, la loi reconnaît implicitement que c'est à la réalité des faits qu'il faut se reporter pour caractériser le droit des associés après la dissolution de la société. Ainsi, dans leurs rapports entre eux, les associés doivent être regardés comme étant copropriétaires par indivis des biens sociaux à partir de la dissolution.

Mais ajoutons que si on les considère dans leurs rapports avec les tiers, c'est-à-dire vis-à-vis de ceux qui auraient contracté avec la société ou la liquidation, on ne saurait plus faire abstraction de cette fiction de l'être moral qui a survécu à la dissolution et s'est maintenu jusqu'à la fin de la liquidation. Et alors il faudra dire que si le partage rétroagit jusqu'au jour de la dissolution entre les associés ou leurs ayants cause, cet effet rétroactif ne se produit pas, du moins, à l'encontre des tiers qui, pendant la durée de la liquidation, auraient acquis du liquidateur agissant dans la sphère de ses pouvoirs des droits réels sur les biens sociaux. Précisons par un exemple : Paul, l'un des associés, est attributaire de telle usine par le partage de la société; l'hypothèque qu'il a consentie à Pierre pendant la liquidation sera sans doute valablement constituée; mais ce dernier ne pourra pas exercer son droit hypothécaire par préférence à quiconque aurait, même postérieurement, acquis de la liquidation des droits réels sur cette usine.

En définitive, ceci revient à dire que si chaque associé, à partir de la dissolution, est à considérer comme propriétaire des biens sociaux sous la condition suspensive qu'ils seront compris dans son lot, il n'en faut pas moins regarder le droit de propriété, qui appartient à l'être moral jusqu'à la fin de la liquidation, comme n'étant affecté d'aucune condition résolutoire.

1988. En ce qui concerne les associations en participation, il faut, quant à l'effet rétroactif du partage, distinguer suivant que les biens de la participation avaient été mis en commun pendant la durée de l'association, ou qu'ils étaient restés la propriété exclusive des associés dont ils constituent l'apport (1). Dans le premier cas, l'effet rétroactif du partage remonte jusqu'au jour où ces biens sont entrés dans l'associa-

---

(1) *Comp.* Rej., 13 nov. 1872 (*J. Pal.*, 1873, p. 65; S.-V., 73, 1, 41; Dall., 73, 1, 126).

tion, car c'est à partir de ce jour que l'indivision a commencé. Dans le second cas, l'effet rétroactif s'arrête au jour de la dissolution, parce que c'est à cette époque seulement que les biens devaient être mis en commun par les associés qui, jusqu'alors, en étaient restés propriétaires, et que du jour où elle prend naissance, l'obligation qui leur incombait à cet égard aura pour effet d'opérer par elle-même le transport des propriétés qui produira l'indivision.

SECTION III

DES EFFETS DE LA DISSOLUTION A L'ÉGARD DES TIERS ET DE LA PRESCRIPTION.

SOMMAIRE.

I. 1989. Les droits des tiers, après la dissolution, doivent être examinés dans leurs rapports : 1° avec la société en liquidation, 2° avec le liquidateur, 3° et avec les anciens associés.

II. 1990. La société dissoute gardant sa personnalité pendant la liquidation, sa dissolution ne change rien aux droits des créanciers sociaux dans leurs rapports avec la société en liquidation. — 1991. Mais à quel moment l'être moral cesse-t-il d'exister? Il ne survit pas au partage. — 1992. Jusque-là, les créanciers ont contre la société les mêmes droits qu'avant. — 1993. Applications. — 1994, 1995. Suite.

III. 1996. Rapports des créanciers avec le liquidateur : réserve quant au cas où le liquidateur est en même temps un ancien associé, et aux obligations dont il est tenu en cette dernière qualité. — 1997. Obligations dont il est tenu comme liquidateur. — 1998. Sa situation quand la liquidation est terminée.

IV. 1999. Droits des créanciers dans leurs rapports avec les anciens associés quant aux actions nées avant la dissolution de la société; — 2000. Et quant aux actions nées pendant la liquidation. — 2001. L'attribution qui leur serait faite de valeurs sociales avant que tous les créanciers soient payés met-elle une obligation à leur charge? — 2002. Suite et transition à la prescription spéciale à laquelle sont soumises les actions des créanciers sociaux.

V. 2003. L'art. 64 du Code de commerce établit une prescription de cinq ans; texte, objet et caractère de cet article : division.

VI. 2004. 1° Cas auxquels s'applique la prescription quinquennale. Il faut qu'il y ait dissolution totale ou partielle de la société; *secùs* dans le cas de faillite. Mais il n'est pas nécessaire que la dissolution ait été suivie d'une véritable liquidation; — 2005. Ni, en cas de liquidation, que le liquidateur ait été choisi parmi les associés.

VII. 2006. 2° Actions soumises à la prescription quinquennale. — 2007. Serait-elle opposable par l'associé commanditaire ou par l'actionnaire poursuivi en payement de ce qu'il reste devoir sur sa mise? — 2008. Et par les associés recherchés à raison d'obligations nées pendant la liquidation? — 2009. Ou à raison d'attributions qui leur auraient été faites avant désintéressement complet de tous les créanciers de la société? — 2010. Le bénéfice de l'art. 64 peut être invoqué par l'associé qui a la double qualité de liquidateur et d'associé : controverse. — 2011. D'après la jurisprudence, il pourrait l'invoquer à partir du moment où il serait remplacé : à quelles conditions. — 2012. L'art. 64 ne s'applique pas aux actions des associés entre eux, ni à celles du liquidateur contre les associés. Autres actions auxquelles il ne s'applique pas.

VIII. 2013. 3° Point de départ de la prescription quinquennale. C'est la fin ou la dissolution de la société, si l'acte social qui en énonce la durée ou l'acte de dissolution a été publié conformément à la loi. — 2014. *Quid* dans le cas où la société a été dissoute avant le terme fixé? — 2015. Et dans le cas de dissolution partielle par la retraite d'un associé? — 2016. Et dans le cas où la société a continué de fait après le terme fixé? — 2017. Point de départ de la prescription en ce qui concerne les obligations nées pendant la liquidation.

IX. 2018. 4° Causes d'interruption et de suspension. La prescription quinquennale peut être interrompue, — 2019. Non-seulement par une poursuite judiciaire,

aux termes de l'art. 64, mais encore par les autres causes d'interruption : applications. — 2020. Les causes de suspension lui sont-elles applicables? Distinction.

I. — 1989. La dissolution de la société modifie-t-elle les droits qui auparavant existaient au profit des tiers, ou des créanciers sociaux? Dans quelle mesure? Et, subsidiairement, quelle est la situation de ceux dont les créances seraient nées après la dissolution, mais avant la fin de la liquidation? Ce sont les points qui restent à étudier et pour la solution desquels il convient d'envisager les créanciers dans leurs rapports : 1° avec la société en liquidation, 2° avec le liquidateur, 3° et avec les anciens associés.

II. — 1990. La société dissoute continuant à exister comme personne civile, pour les besoins de sa liquidation, on peut dire *à priori* que, par elle-même, la dissolution ne modifie en aucune manière la situation et les droits des créanciers sociaux vis-à-vis de la société. C'est donc une question à résoudre préalablement de savoir quand on doit regarder la liquidation comme terminée, et comme définitivement éteint l'être moral dans lequel la société a été personnifiée.

1991. Il peut s'induire d'un arrêt de la chambre des requêtes que la réception par les anciens associés du compte de gestion du liquidateur mettrait fin à la liquidation, et, par suite, à l'existence de la personne civile (1). D'un autre côté, il résulte d'un arrêt, rendu en matière fiscale par la chambre civile, que c'est quand l'excédant d'actif a été réparti entre les intéressés que la société cesse réellement d'exister comme être moral (2). Cette dernière solution est, à notre avis, plus exacte. Sans contester, en fait, la décision que les circonstances pouvaient justifier dans la première espèce, nous pensons qu'il ne faudrait pas généraliser la solution. Il se peut, sans doute, que la réception du compte du liquidateur constate ou implique la fin de la liquidation : ce sera le cas s'il y est établi que les droits des associés dans le patrimoine social sont réglés d'une manière définitive, par exemple que tout l'actif a été employé au payement des dettes de la société, ou que, tous les biens ayant été vendus, le liquidateur a distribué l'excédant d'actif aux ayants droit ou s'en est personnellement constitué débiteur envers eux. Dans ces hypothèses diverses, il n'y a plus rien à liquider, plus d'actif à répartir

(1) L'arrêt décide qu'une société est réputée liquidée lorsque après la dissolution un des associés s'est reconnu débiteur envers l'autre comme reliquataire de sommes dépendant de l'actif social. Req., 18 août 1840 (S.-V., 40, 1, 836).

(2) Il s'agissait d'une société constituée pour l'exploitation d'un canal, et dissoute par le rachat du canal moyennant une indemnité payable en 30 annuités. La question était de savoir si les actions de la société avaient continué, après la dissolution, à être soumises à la taxe annuelle de 12 centimes pour 100, représentative du droit de transmission (l. 23 juin 1857, art. 6). La Cour a décidé qu'elles y étaient restées soumises, mais seulement jusqu'au jour où les opérations de la liquidation avaient été terminées et où les annuités trentenaires, dont la répartition effective était nécessairement suspendue, étaient attribuées aux anciens associés proportionnellement aux droits de chacun, et qu'à partir de ce jour la cession que chacun des associés ferait de sa part ne pouvait tomber que sous l'application de la loi générale édictée pour les cessions de créances par l'art. 69, § 3, n° 3, de la loi du 22 frimaire an 7. Rej., 23 mai 1870 (S.-V., 71, 1, 106; *J. Pal.*, 1871, p. 255; Dall., 70, 1, 415).

entre les intéressés; la personne juridique s'évanouit nécessairement, car elle n'a plus réellement de raison d'être. Mais supposons qu'après la réception du compte du liquidateur il reste à partager l'actif que les opérations de la liquidation ont dégagé du passif, il ne paraît plus possible d'admettre que, par ce simple fait de la reddition du compte, les biens dont cet actif se compose aient perdu le caractère ou la nature de biens sociaux; il faut quelque chose de plus pour qu'ils le perdent, il faut qu'ils sortent par le partage du fonds commun et aillent se confondre dans le patrimoine personnel des anciens associés. Jusque-là, l'état de société continué pendant la liquidation persiste et continue encore; c'est par le partage seulement ou par l'acte qui en tient lieu que cet état prend fin. Et, soit que le partage se fasse en même temps ou à peu près que la liquidation, soit qu'il se fasse distinctement par l'intermédiaire d'un liquidateur ou par les soins des associés eux-mêmes, l'être moral se maintient, dans l'intérêt des tiers, jusqu'au terme de ces opérations complexes (1), sans qu'en aucun cas il puisse subsister au delà.

1992. Mais jusque-là, les créanciers ont contre la société exactement les mêmes droits qu'avant la dissolution; ils peuvent la poursuivre en payement de ce dont elle est débitrice et la faire condamner; ils le peuvent tant que leur créance n'est pas atteinte par la prescription du droit commun, la prescription trentenaire; car, nous le verrons tout à l'heure (*infrà,* n° 2012), la prescription abrégée de l'art. 64 du Code de commerce ne s'applique pas aux actions des créanciers contre la société. Ils ne seront pas obligés d'agir contre chacun des associés séparément : si la société est représentée par un liquidateur, c'est contre lui qu'ils agiront, et les jugements qu'ils auront obtenus seront opposables aux associés; et s'il n'y a pas de liquidateur, ils n'en auront pas moins le droit d'agir contre la société, sauf aux associés à aviser et à pourvoir comme ils l'entendront à sa défense. Le juge compétent sera le tribunal de commerce du lieu où la société avait son domicile avant la dissolution (2) (C. proc., art. 59), et à ce domicile social seront faites les significations, à moins que la société n'en ait changé ou qu'un autre domicile ait été indiqué dans les formes légales, soit par l'acte de dissolution, soit par un acte postérieur.

Ils pourront également, si la société ne fait pas face aux engagements, la faire déclarer en faillite. Cette faillite entraînerait celle des associés, non de tous, sans doute, mais de ceux qui, associés en nom, sont tenus personnellement des dettes sociales, à moins qu'ils fussent libérés par la prescription quinquennale de l'art. 64 dont nous nous occuperons bientôt. D'ailleurs, la faillite de la société ne dût-elle pas entraîner celle des associés, les créanciers n'en auraient pas moins intérêt à la provoquer : d'une part, ils pourraient arriver par là à faire tomber tels ou tels actes préjudiciables à leurs droits (C. comm., articles 446 et 448); d'une autre part, ils obtiendraient la révocation du

---

(1) *Comp.* Rej., 27 mai 1872 (S.-V., 72, 1, 175; *J. Pal.*, 1872, p. 407; Dall., 73, 1, 143).
(2) Voy. l'arrêt du 18 août 1840, cité sous le numéro précédent.

liquidateur et son remplacement par un syndic, lequel, au lieu de liquider pour les associés, liquiderait dans l'intérêt de la masse des créanciers sous la surveillance de la justice.

1993. Ils auraient certainement le droit de saisir les biens de la société et de se faire payer par préférence aux créanciers personnels des associés : c'est là un privilége dont nous avons déjà reconnu l'existence en leur faveur. Mais primeraient-ils le liquidateur, créancier lui-même de la société? Il faut distinguer. Si le liquidateur était un associé personnellement tenu des dettes sociales, le fait qu'il serait en même temps créancier de la société ne l'affranchirait en aucune manière des poursuites des autres créanciers sociaux, qui, lui opposant la maxime *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, l'écarteraient de la distribution. Mais si le liquidateur est un étranger et n'est à aucun titre tenu des engagements de la société, il ne pourrait pas, sans doute, prétendre à être payé avant les créanciers sociaux sous le prétexte, parfois mis en avant, qu'il doit être considéré comme leur mandataire; car, en droit, nous l'avons dit, il ne représente nullement les créanciers (*suprà*, n° 1936). Toutefois, il est le mandataire de la société; et, comme tel, il peut, aussi bien que tout autre créancier, prendre part à la distribution de ses deniers, s'il ne s'est pas payé lui-même sur les valeurs disponibles avant toute opposition des autres créanciers. Il devrait même être préféré si sa créance était privilégiée de sa nature; par exemple, s'il avait fait des frais pour la conservation de choses appartenant à la société (art. 2102, 3°, C. civ.); il serait alors privilégié sur le prix de la chose conservée : la Cour de Paris a jugé en ce sens que le liquidateur a privilége sur le fonds social, quand il a tiré de son patrimoine la somme nécessaire à son exploitation, et en a ainsi conservé la valeur (1).

1994. Les créanciers sociaux conservent ce droit d'être préférés aux créanciers personnels des associés tant que le patrimoine de la société dissoute garde une existence propre. Il s'évanouit nécessairement alors que les biens sociaux sont liquidés et partagés; car la loi ne donne aux créanciers aucun moyen d'échapper aux conséquences du partage, par l'effet duquel la société perd à la fois sa personnalité et ses biens, désormais confondus avec le patrimoine personnel des anciens associés. Par le fait de cette confusion juridique résultant du partage, il se trouve que les créanciers sociaux n'ont plus d'action que contre ces derniers.

La Cour de Grenoble est allée plus loin. Par un arrêt que cite M. Delangle (2), elle aurait décidé que si, après la dissolution de la société, l'actif social s'est confondu *dans la fortune personnelle du liquidateur*, les créanciers sociaux ne peuvent plus réclamer les avantages attachés à leur créance, juste conséquence de la faute qu'ils auraient commise en ne demandant pas, conformément à ce qui se pratique dans la sépa-

(1) Paris, 16 déc. 1841 (Dall., 42, 2, 144). *Comp.* Rej., 8 janv. 1862 (Dall., 62, 1, 75).

(2) Voy. M. Delangle (*Soc.*, n° 719) et l'arrêt de la Cour de Grenoble du 1er juin 1831 (Dall., 32, 2, 40).

ration des patrimoines, la séparation de l'actif de la société d'avec le patrimoine particulier de l'associé. La décision est essentiellement contestable. D'abord, étant donné que le bénéfice de la séparation des patrimoines a pour objet de faire revivre, à certains égards du moins, la personnalité éteinte du *de cujus*, il est évident que les créanciers d'une société dissoute n'ont besoin de rien de semblable ou d'analogue pour faire revivre cette société dont la personnalité subsiste tant que sa liquidation et le partage ne sont pas consommés. Et puis, au fond, et *en droit*, il ne saurait y avoir confusion des biens de la société en liquidation avec ceux du liquidateur. Les deux actifs peuvent se trouver réunis dans la même caisse, celle du liquidateur; mais ils n'y sont pas au même titre : le liquidateur, tandis qu'il conserve le sien comme propriétaire, détient comme mandataire celui de la société qui, gardant sa personnalité pendant la liquidation, reste avec ses biens et ses droits. Seulement, il peut arriver, *en fait*, que tel ou tel de ses biens se confonde avec ceux du liquidateur, par exemple si ce dernier a employé à son usage personnel les sommes provenant de la réalisation d'une chose sociale. Dans ce cas, il est vrai qu'au lieu d'un droit de propriété sur une chose déterminée de son patrimoine, la société n'aurait plus qu'une simple créance contre son liquidateur (1). Mais, même dans cette hypothèse, tant que la société retient sa personnalité, ses créanciers n'auront pas à craindre le concours des créanciers personnels des associés, car ils pourront agir contre le liquidateur au nom de la société en vertu de l'art. 1166 du Code civil, faire par ce moyen rentrer dans le patrimoine social ce qui s'en trouvait distrait, et se replacer par là dans la situation même où leur droit d'être préférés aux créanciers personnels des associés est reconnu sans difficulté.

1995. Ainsi, et en résumé, les tiers, considérés dans leurs rapports avec la société en liquidation, ont exactement les mêmes droits qu'avant la dissolution. Mais, intimement liés à l'existence de l'être moral, ces droits ne sauraient en aucun cas persister à partir du jour où, les opérations de la liquidation et du partage étant achevées, la personne civile, l'être moral, a cessé d'exister.

III. — 1996. Il y a moins à dire de leur situation vis-à-vis du liquidateur. La qualité de liquidateur et celle d'associé, bien qu'absolument distinctes, peuvent se trouver réunies sur la même tête; auquel cas la personne préposée à la liquidation est tenue à l'égard des tiers soit comme liquidateur, soit comme associé. Mais comme chacune de ces qualités a ses effets spéciaux, nous pouvons, laissant de côté les obligations du liquidateur en tant qu'associé, pour y revenir utérieurement (nos 1999 et suiv.), nous attacher exclusivement à celles qui pèsent sur le liquidateur, abstraction faite du point de savoir s'il a été pris parmi les associés ou s'il est étranger à la société.

1997. Simple mandataire de la société, le liquidateur, en contrac-

---

(1) *Comp.* Req., 25 août 1835 (Dall., *Rép.*, v° Société, n° 1059); Cass., 5 nov. 1873 (Dall., 73, 1, 454; *J. Pal.*, 1874, p. 132; S.-V., 74, 1, 60).

tant même en son nom, ne s'oblige pas personnellement, sauf exceptions, vis-à-vis des tiers. Il est de règle, en effet, que le mandataire, en tant qu'il agit dans le cercle de ses pouvoirs, engage son mandant sans s'obliger lui-même. Et la règle serait, à notre avis, applicable même au liquidateur qui aurait terminé des opérations commerciales avant la dissolution de la société, ou continué l'exploitation du fonds social pour en conserver la valeur; la nature des actes d'administration faits par le mandataire n'est de nulle considération au point de vue de l'application de cette règle fondamentale dans le mandat.

Toutefois, en ce qui concerne les obligations relatives à la continuation du commerce, exceptons le cas où la liquidation aurait été conférée à un commanditaire; les eût-il prises au nom de la société, le liquidateur, en ce cas, en serait tenu personnellement, par application des art. 27 et 28 du Code de commerce, aux termes desquels l'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion même en vertu de procuration, et, en cas de contravention, est oblgé, solidairement avec les associés en nom collectif, pour les dettes et engagements de la société, qui dérivent des actes de gestion par lui faits. Autre exception: le liquidateur, même étranger à la société, serait également tenu vis-à-vis des tiers, s'il avait contracté avec eux en son nom personnel, quoique dans l'intérêt de la société, ou si, agissant au nom de la société, il s'était porté garant de l'exécution de ses obligations.

1998. Dans tous les cas où, par suite de sa gestion, le liquidateur est constitué débiteur de la société, les créanciers sociaux ne peuvent exercer contre lui que l'action indirecte de l'art. 1166 du Code civil, en invoquant, au nom de la société, les obligations à la charge du mandataire vis-à-vis de son mandant. Mais du moment où la société a cessé d'être comme personne civile, le liquidateur, qui à l'occasion de sa gestion n'a jamais été le débiteur personnel des créanciers sociaux, ne saurait être poursuivi par eux qu'au nom des anciens associés devenus ses créanciers aux lieu et place de la société. Toutefois, la solution de cette question du recours indirect des créanciers contre le liquidateur dépend d'une autre question que nous examinerons tout à l'heure, celle de savoir dans quelle mesure les associés sont tenus vis-à-vis d'eux quand le partage est effectué.

Les créanciers sociaux pourraient-ils faire déclarer le liquidateur en faillite? La question se résout par une distinction : l'affirmative est certaine si l'on suppose un liquidateur personnellement tenu des dettes sociales et ne payant pas à l'échéance; au contraire, c'est à la négative qu'il se faut arrêter si le liquidateur n'est poursuivi que comme représentant la société en liquidation.

IV. — 1999. En ce qui concerne les droits des tiers dans leurs rapports avec les associés après la dissolution, les règles peuvent être ainsi précisées : les associés restent tenus des dettes sociales de la même façon qu'avant et pendant le fonctionnement de la société. Dès lors, les associés en nom collectif et, en cas d'immixtion, les commanditaires, peuvent être poursuivis solidairement pour tous les engagements

de la société (C. comm., art. 32, 27 et 28). Quant aux actionnaires et aux commanditaires auxquels aucun acte d'immixtion n'a fait perdre leur qualité, ils restent aussi directement obligés vis-à-vis des créanciers, mais seulement jusqu'à concurrence de ce qu'ils doivent sur leur mise ou sur leurs actions. Pour les uns comme pour les autres, d'ailleurs, il n'y a pas à distinguer suivant que la liquidation est ou n'est pas achevée. Mais de même que pendant le fonctionnement de la société les créanciers doivent s'adresser à elle d'abord, s'ils en sont requis, avant d'agir contre les associés, de même, après la dissolution et tant que subsiste la personne civile, les associés ne doivent être poursuivis qu'après la société. En d'autres termes, pendant la liquidation et avant le partage, les anciens associés pourront toujours renvoyer les tiers à discuter au préalable le patrimoine de la société. Ajoutons que le partage lui-même, ou les arrangements entre associés qui en tiendraient lieu, ne modifieraient en aucune sorte leur situation vis-à-vis des tiers. Ce sont là des conventions auxquelles ces derniers sont absolument étrangers; quelles qu'elles soient, elles ne sauraient leur enlever le droit d'agir solidairement contre tous les associés en nom, sauf, bien entendu, les recours de droit entre associés, si l'un d'eux avait été obligé de payer au delà de sa part contributive dans les dettes. — Telle est la situation en ce qui concerne les créanciers dont les droits avaient pris naissance avant la dissolution de la société.

2000. Elle serait la même pour ceux dont les droits seraient nés pendant la liquidation dans les circonstances où l'on reconnaît au liquidateur le droit d'obliger la société. M. Massé reconnaît qu'il en est ainsi lorsque le liquidateur a contracté en vertu des *pouvoirs généraux* qui lui sont attribués pour représenter la société. Mais, ajoute-t-il, « si, au contraire, le liquidateur a eu besoin d'un mandat spécial des anciens associés pour les obliger à l'égard des tiers, alors il devient un mandataire ordinaire qui ne peut obliger ses mandants que suivant les règles du droit commun, c'est-à-dire pour leur part et portion. Dans ce cas, l'obligation des associés n'est pas une suite nécessaire des affaires sociales; c'est, en quelque sorte, une nouvelle affaire, relativement à laquelle la dissolution de la société empêche qu'ils ne puissent être considérés comme associés. » (1) Cependant, de ce que le liquidateur a besoin de pouvoirs spéciaux, par exemple pour emprunter ou pour continuer le commerce pendant la liquidation (*suprà*, n° 1960), il n'en résulte pas, évidemment, que ce ne soit pas au nom de la société en liquidation que, conformément à la nouvelle autorisation qu'il vient d'obtenir, il contracte des emprunts ou continue le commerce. Est-il possible de dire qu'en lui conférant le droit et le pouvoir d'accomplir de tels actes, les associés ont entendu se soumettre à en subir les conséquences autrement que dans la mesure déterminée par les conditions ou la nature de leur association? Et, par exemple, peut-on supposer que les actionnaires d'une société anonyme dissoute, mais vivant tou-

(1) Voy. M. Massé (*Droit comm.*, 3ᵉ édit., t. III, n° 1961).

jours pour sa liquidation, lorsqu'ils confèrent au liquidateur le pouvoir de continuer le commerce, ont entendu qu'ils seraient tenus autrement que comme actionnaires des engagements contractés dans la continuation du commerce en exécution du mandat? Non, assurément, et à moins que le liquidateur ait dépouillé sa qualité et se soit présenté aux tiers comme mandataire, non plus de la société, mais des associés, il faut reconnaître que, procédant, en vertu de pouvoirs spéciaux, à des opérations qui, si elles ne sont pas la suite nécessaire des affaires sociales, en sont du moins une suite naturelle, il agit toujours au nom de la société, et en conséquence que, ni plus ni moins que quand il opère en vertu de ses pouvoirs généraux, il engage les associés dans la mesure où ils sont tenus des obligations de la société.

2001. Les associés peuvent aussi, même après que la liquidation est achevée et les biens partagés, être tenus envers les tiers par suite des attributions qui leur auraient été faites dans le partage. Ainsi, par hypothèse, nous sommes en présence d'actionnaires qui, ayant versé le montant de leur souscription, ne doivent plus rien à la société et ne sont pas personnellement tenus au payement des dettes sociales, ou encore en présence d'associés qui en étaient tenus primitivement, mais qui depuis la dissolution ont été libérés par la prescription; le partage a été fait et les biens, qui jusque-là étaient restés le gage des créanciers, sortent du patrimoine de la société qui cesse alors d'exister comme personne morale, et vont se confondre dans le patrimoine des associés. Mais il se présente des créanciers qui n'avaient pas été désintéressés avant le partage : est-ce que ces créanciers vont rester sans action contre les associés prématurément apportionnés, sous prétexte que ces derniers n'étaient pas obligés envers eux au moment où le partage a été effectué, et, d'un autre côté, que le seul débiteur qu'ils eussent à ce moment, la société, avait cessé d'exister? Non, assurément : la Cour de cassation a jugé que les créanciers d'une société anonyme ou en commandite en liquidation ont une *action directe* contre les actionnaires qui se sont attribué l'actif de le société, et que, dans ce cas, ces derniers sont tenus, non pas seulement pour leur part dans la dette sociale, mais sur toutes les sommes qu'ils ont retirées de la liquidation et jusqu'à concurrence de ces sommes (1).

Dans les observations dont il a fait suivre un autre arrêt auquel nous aurons bientôt à revenir (*infrà*, n° 2009), M. Labbé, tout en reconnaissant qu'il s'agit ici, en effet, d'une action directe, a cru devoir donner à cette expression le même sens que dans l'hypothèse des articles 1753 et 1798 du Code civil. Les mots *action directe,* dit l'éminent professeur, ont deux acceptions dans la science : tantôt ils signifient action exercée en vertu d'un droit propre et contre notre débiteur personnel; tantôt ils signifient action de notre débiteur exercée par nous contre le débiteur de notre débiteur, mais pour en avoir le profit

(1) Cass., 9 févr. 1864 (S.-V., 64, 1, 137; *J. Pal.*, 1864, p. 443; Dall., 64, 1, 73). — Voy. aussi Cass., 14 avr. 1869 (S.-V., 70, 1, 75; *J. Pal.*, 1870, p. 156).

à l'exclusion des autres créanciers de notre débiteur. En donnant ici à ces mots le second sens, celui d'action privilégiée, on arrive à ceci que les créanciers sociaux n'ont contre les associés indûment apportionnés en cours de liquidation que l'action du liquidateur en vertu de l'article 1166 du Code civil; seulement, le profit de cette action appartient exclusivement aux créanciers sociaux, à cause du droit de gage spécial qu'ils ont sur tous les biens de la société; ils n'ont pas d'action propre en restitution d'un lot indûment attribué, mais ils ont une sorte de droit de préférence, de privilége, sur le produit de l'action du liquidateur (1). Nous ne saurions nous ranger à cette théorie, condamnée, d'ailleurs, par ses conséquences mêmes. Il en résulte, en effet, que s'il n'y a pas eu liquidation proprement dite, ou même si le liquidateur n'avait pas été pris parmi les associés, les créanciers sociaux, au détriment desquels l'actif aurait été réparti, seraient sans action contre les associés. Car le liquidateur, dès que son compte est rendu et apuré, dès qu'il s'est dessaisi de l'actif qu'il a réalisé, ne peut plus être poursuivi par les créanciers sociaux; en sorte que ceux-ci, ne l'ayant plus pour débiteur, ne pourraient pas agir contre les associés en vertu de l'art. 1166, puisqu'il faut avoir un débiteur pour être en mesure d'en exercer les droits et les actions. Or, cela n'est pas admissible. La vérité est que l'action directe appartenant aux créanciers sociaux, dans notre espèce, est une action propre résultant de l'indu payement qui a été fait aux associés, et qui oblige ces derniers à restituer tout ce qui leur a été attribué prématurément et au préjudice des créanciers de la société. C'est l'action même consacrée par la loi dans une situation spéciale qui a appelé l'attention du législateur. Lorsqu'un héritier bénéficiaire a payé les légataires avant les créanciers, ceux-ci, après avoir épuisé les biens de la succession restant encore entre les mains de l'héritier, ont le droit de recourir contre les légataires pour leur réclamer ce qu'ils ont reçu indûment (C. civ., art. 809). Or, à la place d'un héritier bénéficiaire chargé de liquider la succession, mettez un mandataire préposé à la liquidation de la société, est-ce qu'il n'y a pas analogie, identité même de situation? Nous avons des associés qui ne devaient rien recevoir de l'actif social avant payement intégral des dettes de la société, de même que, dans le cas de succession, il y a des légataires à qui rien ne devait être délivré tant que les créanciers de la succession n'étaient pas tous désintéressés. La situation est évidemment la même, et, dès lors, il n'y a aucune raison pour ne pas assigner le même caractère au droit des créanciers au préjudice desquels le payement a été effectué. Et vainement opposerait-on la spécialité de la solution que l'art. 809 a consacrée. En définitive, cette solution n'a rien d'exceptionnel en elle-même; elle procède d'une règle d'équité dont l'application s'impose aussi dans notre hypothèse, et de laquelle il s'induit que les créanciers sociaux non payés sont en droit d'agir directement contre les associés qui ont pris

---

(1) Voy. M. Labbé, *Observations sur l'arrêt de la chambre des requêtes du 27 janv. 1873* (S.-V., 73, 1, 433; *J. Pal.*, 1873, p. 1121).

part au partage, et de réclamer à chacun d'eux ce qui leur est dû jusqu'à concurrence de la somme ou de la valeur qu'il aurait touchée en moins s'ils avaient été désintéressés comme ils devaient l'être.

2002. Nous avons supposé l'attribution prématurée des valeurs sociales par un partage plus ou moins rapproché de la dissolution de la société et, en tous cas, fait avant l'accomplissement de la prescription spéciale à laquelle sont soumises les actions des créanciers sociaux contre les associés. Allons plus loin, supposons un partage fait après l'accomplissement de cette prescription. La solution, à notre avis, serait la même, les raisons de décider subsistant tout entières, puisque, dans cette hypothèse comme dans la précédente, les associés se sont attribué à tort des valeurs qui, dans les mains de la société, répondaient de ses dettes, et qui auraient dû être réalisées pour désintéresser les créanciers. Toutefois, nous aurons à revenir sur ce point, qui va trouver sa place dans l'explication de l'art. 64 du Code de commerce, par lequel est établie cette prescription spéciale, et auquel nous nous trouvons ainsi amené.

V. — 2003. En général, une société, civile ou commerciale, pendant qu'elle existe et fonctionne, est soumise aux règles du droit commun en ce qui concerne la prescription des actions qui peuvent être exercées contre elle ou contre les associés; ces actions, en général, ne sont donc prescrites que par trente ans, aux termes de l'art. 2262 du Code civil. Mais après la dissolution de la société, une dérogation notable est faite à cette règle, au moins pour les sociétés de commerce ou revêtues de l'une des formes commerciales : les actions des créanciers *contre la société,* actions à exercer désormais contre le liquidateur tant qu'il reste en fonctions, sont toujours, à la vérité, prescriptibles dans les termes du droit commun, c'est-à-dire par trente ans; mais en ce qui concerne leurs actions *contre les associés,* la prescription est ramenée à une durée de cinq ans par l'art. 64 du Code de commerce. C'est là évidemment une disposition tout exceptionnelle. Les tiers conservant contre les associés, après la dissolution, tous les droits et actions qu'ils avaient auparavant, il semble s'en induire tout naturellement que ces droits et actions, qui d'ailleurs gardent leur nature première, ne devraient pas s'éteindre par la prescription autrement que si la société était toujours vivante et debout. C'est l'objection qui, en 1807, se produisait au conseil d'État, où l'exception ne fut admise qu'après bien des résistances. « Cette disposition, disait Bigot-Préameneu, ne présenterait pas d'inconvénient si ses effets devaient être bornés aux associés. Mais pourquoi diminuer, dans la main des tiers, la durée d'une action qui, par le droit commun, doit subsister trente ans? Il n'est pas naturel, il n'est pas nécessaire à l'intérêt du commerce, que la seule circonstance de l'affiche et l'enregistrement de l'acte qui dissout la société, libère les associés envers eux. » Defermon ajoutait : « Il est étrange qu'on regarde les droits des tiers comme bien assurés par l'action qu'on leur réserve contre un liquidateur qui peut être insolvable, tandis qu'on dégage envers eux tous les autres associés : la créance de ces tiers serait

certaine, les biens de leurs débiteurs seraient là ; sans la dissolution de la société, les tiers auraient eu trente ans pour exercer leurs droits ; et cependant, parce que, pendant cinq ans, ils ont gardé le silence, ils n'auraient plus rien à prétendre... » Réal et Treilhard se prononçaient dans le même sens. Mais d'autres, notamment Regnault de Saint-Jean d'Angély, Cretet, l'archichancelier Cambacérès, répondaient « qu'on fuirait les sociétés de commerce, si ceux qui s'y engagent ne pouvaient espérer de se voir libérés qu'après trente ans, et, par suite, se trouvaient jusque-là dans l'impossibilité de former aucun établissement. » Il faut donc « rapprocher le terme de leur libération autant que la justice due aux tiers le permet. Or, il n'est pas présumable que, pendant cinq années entières, des créanciers demeurent tranquilles ; qu'ils ne demandent pas leur payement ; qu'ils ne poursuivent pas s'il leur est refusé, ce qui suffit pour leur sauver l'application de l'article... Il ne faut donc pas sacrifier un avantage général à un inconvénient rare et particulier. » Et ce débat fut terminé par l'adoption, en principe, des trois propositions suivantes : « 1° la solidarité des associés n'aura pas, après la dissolution de la société, la durée que lui donne le droit commun ; 2° le délai après lequel elle cessera commencera du jour où la dissolution de la société aura été annoncée par affiches ; 3° ce délai sera de cinq ans. » (1) L'art. 64, rédigé en vue de répondre à cette pensée, dispose que « toutes actions contre les associés non liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société, si l'acte de société qui en énonce la durée, ou l'acte de dissolution, a été affiché et enregistré conformément aux art. 42, 43, 44 et 46, et si, depuis cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue à leur égard par aucune poursuite judiciaire. »

Pour résoudre les difficultés nombreuses que soulève cette disposition, nous aurons à examiner successivement : 1° dans quels cas elle est applicable ; 2° quelles actions sont soumises à cette prescription abrégée ; 3° quel est le point de départ de la prescription ; 4° et quelle en est la durée.

VI. — 2004. Et d'abord, la condition première, la condition nécessaire, c'est que la société ait été dissoute : la prescription spéciale de l'art. 64 ne saurait profiter aux associés qu'*après* dissolution de la société. On a dit à diverses reprises, dans la discussion de cet article, que cette prescription cesserait d'être applicable dans le cas de faillite (2) ; et la jurisprudence tient qu'elle ne pourrait pas non plus être appliquée au cas de simple transformation de la société (3), ni à celui où, en substituant une société nouvelle à une société antérieure, les associés n'auraient pas fait mention expresse de la dissolution de cette dernière (4).

(1) Voy., pour toute la discussion, Locré (t. XVII, p. 270 à 277).
(2) C'est l'observation de MM. Réal, de Ségur et de l'archichancelier (Locré, *ibid.*, p. 274, 276 et 277).
(3) Rennes, 31 déc. 1867 (Dall., 70, 2, 14).
(4) Rej., 14 déc. 1869 (Dall., 70, 1, 179 ; *J. Pal.*, 1870, p. 387 ; S.-V., 70, 1, 165).

Le cas de dissolution est seul visé par la loi. Toutefois, il n'est pas nécessaire que la dissolution soit absolue et totale; il est admis que, spécialement quand il a été convenu qu'en cas de retraite ou de décès d'un associé la société continuerait entre les autres, l'associé qui se retire de la société ou les ayants cause de celui qui est décédé peuvent se prévaloir de la prescription édictée par l'art. 64 (1). La continuation de la société entre les membres restés dans l'association ne fait pas qu'à l'égard de celui qui s'est retiré ou qui est décédé la société ne soit dissoute, et, par conséquent, qu'en ce qui le concerne on ne se trouve dans l'hypothèse même de la loi.

Mais précisément parce que la dissolution seule est visée par la loi, on ne saurait aller jusqu'à dire, avec quelques auteurs, que l'art. 64 n'est applicable qu'autant que la dissolution a été suivie d'une véritable liquidation (2). Merlin, l'un de ceux qui émettent cette proposition, a lui-même produit l'objection qui ne permet pas de s'y arrêter. On peut objecter, dit-il, que l'art. 64 ne fait dépendre la prescription qu'il établit que du concours de trois conditions : la première, que la société soit dissoute; la seconde, que la dissolution en soit notifiée légalement au public; la troisième, qu'à cette notification ait succédé un laps de cinq ans sans poursuites judiciaires de la part des créanciers : du moment que ces trois conditions se rencontrent, la prescription est acquise, et on ne peut pas l'écarter sous le prétexte qu'il y manque une quatrième condition (la liquidation), qui n'est pas expressément écrite dans la loi. C'est bien là, en effet, la raison de décider. Et vainement, pour répondre à ce raisonnement irréfragable, Merlin affirme-t-il que la liquidation, si elle n'est pas exigée en termes exprès, est au moins implicitement requise, et que la loi en suppose visiblement la nécessité par cela même que, par son texte, elle distingue les associés liquidateurs des associés non liquidateurs. Si le législateur parle d'associés *non liquidateurs* dans l'art. 64, ce n'est pas, nous le verrons tout à l'heure, pour enlever le bénéfice de la prescription abrégée aux associés quand il n'y a pas de liquidation, ni même pour en refuser le profit à l'associé liquidateur; c'est uniquement pour montrer que, dans le cas où la double qualité d'associé et de liquidateur est sur la même tête, l'associé est tenu, en cette dernière qualité de liquidateur, de certaines actions auxquelles la prescription spéciale n'est pas applicable. Il faut donc prendre l'art. 64 dans ses termes sans y ajouter des conditions qui n'y sont pas textuellement écrites, et conclure que les associés sont en droit d'en invoquer le bénéfice, bien qu'ils n'aient pas nommé de liquidateur ou même qu'ils n'aient procédé à aucune liquidation.

2005. A plus forte raison, si la dissolution a été suivie d'une liquidation véritable, ne doit-on pas exiger, pour que l'art. 64 soit applicable, que le liquidateur ait été pris parmi les associés. Deux arrêts se

(1) *Comp.* Req., 7 juin 1830 (Dall., *Rép.*, v° Société, n° 1077).
(2) Merlin (*Quest.*, v° Société, § 11, n° 2). *Junge :* MM. Bédarride (n°s 661 et 662), Troplong (n° 1061).

sont nettement prononcés en sens contraire (1) : c'est aussi l'avis de M. Bédarride, qui se fonde sur ce que le liquidateur, choisi en dehors des associés, devient en réalité le simple mandataire de ceux-ci : *Qui mandat ipse fecisse videtur*. Dans ce cas, dit l'auteur, les ressources sociales sont entre les mains des associés. Ce sont eux qui les administrent, qui les liquident par le moyen d'un préposé. Ils doivent, dès lors, rester chargés de la responsabilité du passif dans les termes du droit commun (2). Mais, on l'a très-bien fait remarquer, « s'il était vrai de dire que le liquidateur étranger est un simple représentant des associés, il faudrait nécessairement admettre que le liquidateur associé est un représentant des associés non liquidateurs pour tout ce qui dépasse sa part : d'où la conséquence que les associés administrent toujours les biens sociaux par l'entremise du liquidateur, et qu'ainsi jamais, absolument jamais, il ne devrait leur être permis d'invoquer l'art. 64. » (3) Ceci est l'évidence contre une thèse qui ajoute arbitrairement à la loi en en subordonnant l'application à des circonstances que rien n'indique avoir été dans les prévisions du législateur.

En résumé, le cas prévu, c'est la dissolution de la société : la prescription spéciale de l'art. 64 peut être invoquée par les associés lorsque la société est dissoute, pourvu qu'elle ne soit pas en faillite; il n'importe que la société ait été mise en état de liquidation régulière, ou qu'elle se soit liquidée elle-même; et si elle a été mise en liquidation, il n'importe que les opérations aient été confiées à des étrangers ou à des associés.

VII. — 2006. Voyons maintenant quelles sont les actions auxquelles cette prescription est opposable. Ce sont naturellement les actions personnelles qui ont pris naissance pendant la durée et le fonctionnement de la société, à raison d'engagements dont les associés sont tenus personnellement et solidairement, et qui existent au jour de la dissolution. C'est de ces actions qu'il fut question dans la discussion de l'art. 64 au conseil d'État.

2007. Plusieurs auteurs, s'autorisant des termes de la discussion, ont pensé que la prescription établie par cet article ne pourrait pas être invoquée par les actionnaires ou les commanditaires qui, au moment de la dissolution, seraient encore débiteurs envers la société de tout ou partie de leurs actions ou de leur mise (4). Mais la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire : « Attendu, en droit, a-t-elle dit, que l'art. 64 du Code de commerce déclare prescrites par cinq ans *toutes les actions* formées contre les associés non liquidateurs, sans établir aucune distinction sur la nature de la société à laquelle s'applique la

---

(1) Voy. Rouen, 24 mars 1847 (S.-V., 49, 2, 691; *J. Pal.*, 1849, t. II, p. 416; Dall., 51, 2, 151); Paris, 27 mai 1856 (*J. Pal.*, 1858, p. 813).
(2) Voy. M. Bédarride (n°ˢ 665 et 666).
(3) Voy. M. Demangeat, sur Bravard (*Soc.*, p. 304, à la note). *Junge* : MM. Alauzet (n° 436), Lombard (p. 160).
(4) Voy. MM. Bravard et Demangeat (*Soc.*, p. 298 et la note), Dolez (p. 265 et suiv.), Lyon-Caen et Renault (*Précis de droit comm.*, n° 581).

liquidation...» (1) Et c'est l'avis de la majorité des auteurs (2). Pour nous, le point se lie étroitement à la question de savoir si les actionnaires ou les commanditaires sont directement obligés vis-à-vis des tiers jusqu'à concurrence de la commandite ou du montant des actions souscrites. Dès que cette dernière question est résolue dans le sens de l'obligation directe des commanditaires ou actionnaires, et c'est la solution que, d'accord avec la jurisprudence, nous avons soutenue plus haut (n° 1450), on doit admettre en leur faveur la faculté de se prévaloir de l'art. 64, à l'encontre des créanciers sociaux par lesquels ils seraient recherchés. Il nous paraît, en effet, que *toutes les actions* qui ont pris naissance pendant la durée de la société contre les associés et au profit des tiers sont soumises à la prescription spéciale établie par cet article. Les termes dont le législateur s'est servi sont des plus généraux; et si, dans la discussion où il a été plus particulièrement question de la solidarité, on s'est abstenu de désigner nommément les actions dont nous nous occupons en ce moment, on a néanmoins toujours supposé, et cela est certain d'après la discussion même, qu'à l'expiration du délai spécial fixé dans l'article, les tiers seraient déchus de *toutes les actions personnelles* qu'ils pouvaient avoir contre les associés avant la dissolution de la société. Or, s'agissant bien ici d'une telle action, il n'y a pas de raison pour ne pas la considérer comme comprise dans les prévisions du législateur.

2008. Mais y faut-il comprendre aussi les actions que les tiers ont pu acquérir contre les associés pendant la liquidation dans les hypothèses où nous avons reconnu au liquidateur le pouvoir d'obliger ces derniers? Celles-ci ne rentrent pas, la chose est évidente, dans les termes de l'art. 64, puisque cet article fixe comme point de départ à la prescription qu'il établit la dissolution de la société, c'est-à-dire une époque où les actions dont il s'agit maintenant ne sont pas encore nées. Toutefois, ce n'est pas à dire qu'au point de vue de la prescription ces actions doivent rester dans les termes du droit commun. Assimilées de tous points et à tous égards aux actions qui ont pris naissance pendant la durée et le fonctionnement de la société, elles ne doivent pas, ce semble, être traitées autrement que celles-ci quant à leur extinction par la prescription. Si l'art. 64 ne leur est pas, sous ce rapport, applicable d'une manière directe, il faut reconnaître au moins qu'en tant qu'elles ont pour objet des *dettes sociales,* elles sont soumises à la prescription spéciale édictée par cet article, précisément en vue de ces sortes de dettes. Toute la différence consistera en ce que, à leur égard, le point de départ de la prescription ne devra pas être fixé à la dissolution de la société (*infrà,* n° 2017).

2009. Il en serait autrement, à notre avis, en ce qui concerne l'ac-

---

(1) Req., 21 juill. 1835 (S.-V., 36, 1, 121; Dall., 35, 1, 450).
(2) Voy. MM. Bédarride (n° 659), Alauzet (n° 438), Lombard (p. 161), Dalloz (*Rép.*, v° Société, n° 1439), Boistel (*Précis,* p. 265).

tion directe fondée sur ce que, dans le partage effectué au terme de la liquidation, les associés auraient été apportionnés de valeurs sociales avant que les créanciers de la société fussent intégralement payés (*suprà,* n° 2001). L'obligation de rendre, qui est à la charge des associés prématurément apportionnés, prenant naissance au moment du partage, lequel en maintes circonstances peut suivre la dissolution de la société à plus de cinq ans de distance, il ne paraît pas possible d'admettre que l'action des créanciers correspondante à cette obligation des associés soit prescrite avant même d'être née. Nous inclinons donc à penser qu'à défaut d'une prescription spéciale, comme celle que fixe l'art. 809 du Code civil en ce qui concerne le recours même qu'il consacre, les associés pourront être poursuivis, de ce chef, tant que l'action appartenant aux créanciers ne sera pas prescrite dans les termes du droit commun. La Cour de cassation, chambre des requêtes, a jugé, cependant, que la prescription abrégée de l'art. 64 du Code de commerce s'applique à toutes les actions qui peuvent être dirigées par les créanciers sociaux contre l'associé non liquidateur, sans qu'il y ait à distinguer entre les actions ayant pour but de contraindre ce dernier à l'exécution des obligations personnelles qu'il aurait contractées comme associé, et celles tendant à lui faire restituer les sommes qu'il aurait indûment reçues sur l'actif social (1). La Cour ne justifie pas sa décision autrement que par la généralité de ces expressions « *toutes actions* » de l'art. 64 ; mais les auteurs qui appuient sa décision y ajoutent deux arguments qu'ils considèrent « comme absolument décisifs », et qu'ils empruntent à la loi de 1867 : d'une part, disent-ils, les associés qui ont reçu, *même de mauvaise foi,* des dividendes fictifs, lesquels sont aussi une répartition indue, sont protégés par la prescription de cinq ans (l. de 1867, art. 10); d'une autre part, l'associé qui s'est retiré d'une société à capital variable et a repris sa mise est aussi à l'abri après cinq ans (même loi, art. 52). — Que ces deux solutions aient été présentées, dans la discussion de la loi, comme des applications de l'art. 64 du Code de commerce, nous le voulons bien. Mais ce n'est pas une raison pour qu'on les considère comme propres à trancher la question dont il s'agit ici.

Notons d'abord que l'analogie est fautive : on ne saurait, en effet, assimiler la situation de l'actionnaire qui a reçu des dividendes, c'est-à-dire une chose qu'il a pu et dû considérer comme des fruits, et celle de l'associé qui a reçu sa part dans l'actif, c'est-à-dire un capital; et quant à l'associé dans une société à capital variable, si sa situation présente plus d'analogie avec celle dont nous nous occupons, il faut au moins reconnaître que la décision de la loi tient à des considérations toutes particulières que nous avons relevées en traitant de cette modalité des sociétés commerciales (*suprà,* n°s 1754 et suiv.), et que, dès

(1) Voy. Req., 27 janv. 1873 (Dall., 73, 1, 371; S.-V., 73, 1, 433; *J. Pal.*, 1873, p. 1121). Voy. aussi, en ce sens, MM. Labbé (S.-V. et *J. Pal.*, loc. cit., *Observ. sur l'arrêt*), Lombard (p. 161), Boistel (*Précis*, p. 266 et 267), Dolez (p. 265). — Voy. cependant MM. Lyon-Caen et Renault (n° 586).

lors, elle ne saurait être étendue à une hypothèse à laquelle ces considérations sont absolument étrangères. — Rappelons ensuite que, d'après nos auteurs, l'action dont il s'agit ici serait exercée par les créanciers du chef de l'associé liquidateur qui est leur débiteur (*suprà*, n° 2001). Or, cela étant, nous arrivons à ce résultat impossible que les créanciers de la société ne pourraient exercer que pendant cinq ans une action que leur débiteur, du chef de qui ils l'exercent, peut mettre en mouvement pendant trente ans à partir de la dissolution de la société, puisque, de l'aveu de tous, la prescription abrégée de l'art. 64 ne s'applique pas dans les rapports entre ceux des associés, liquidateurs ou non liquidateurs. Et cela seul suffit à faire écarter le système tout entier; car il est évident que si les créanciers agissent du chef de leur débiteur, l'associé liquidateur, ils doivent pouvoir agir tant que celui-ci conserve son action contre les associés, et il ne saurait être question dès lors d'une prescription quinquennale.

2010. Ainsi, et en résumé, cette dernière cause de poursuites écartée comme étant au point de vue de la prescription dans les termes du droit commun, il reste que la prescription abrégée de l'art. 64 peut être opposée par les associés à toutes poursuites exercées contre eux à raison des engagements sociaux contractés soit avant la dissolution de la société, soit après et pendant la liquidation, et que cette prescription abrégée protége non-seulement les associés tenus personnellement et solidairement desdits engagements, mais encore les commanditaires et les actionnaires qui n'en sont tenus que jusqu'à concurrence de ce qu'ils peuvent devoir à la société sur les sommes dont ils ont promis le versement.

Mais voici la question capitale qui surgit de la rédaction même du texte. L'art. 64, on l'a vu, accorde le bénéfice de la prescription abrégée aux associés *non* liquidateurs, à leurs veuves, héritiers ou ayants cause. Est-ce à dire qu'il le refuse aux associés qui auraient été chargés de la liquidation? La question est résolue affirmativement par la majorité des auteurs. « En droit commun, dit notamment M. Troplong, la prescription est de trente ans; pour la réduire à un moindre temps, il faut une disposition particulière (art 2262 et 2264 du Code civil). Où est cette disposition? J'en lis bien une dans l'art. 64 du Code de commerce, en faveur des associés non liquidateurs; mais en ce qui touche les associés liquidateurs, cet article est muet. Je ne tirerai pas avantage de la maxime si souvent trompeuse : *Qui dicit de uno, de altero negat.* Je concéderai qu'il n'y a pas exclusion expresse du liquidateur; mais tout au moins il y a silence, et c'est ce silence qui le laisse sous le droit commun. Quelques phrases empruntées à la discussion du conseil d'État ne peuvent suppléer à l'absence de cette loi toujours nécessaire pour substituer une prescription abrégée à la prescription ordinaire... » C'est le raisonnement généralement produit par les défenseurs de cette doctrine (1), et la Cour de cassation, sans s'expliquer d'ailleurs en droit

(1) Voy. MM. Pardessus (n° 1090), Vincens (p. 372), Troplong (n° 1051), Dalloz

dans les motifs d'un très-laconique arrêt, va jusqu'à décider que l'associé *qui a participé à la liquidation par divers actes de concours* ne peut invoquer la prescription de cinq ans dont profitent les associés non liquidateurs à l'égard des tiers (1).

Nous n'hésitons pas à dire, avec d'autres auteurs (2), que cette interprétation est absolument contraire à la pensée de l'art. 64. Le texte lui-même, d'abord, ne la justifie en aucune façon. Il dit que « toutes actions contre *les associés non liquidateurs* sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société », et de la généralité de ces termes il faut conclure, nous l'avons vu, qu'après cinq ans à partir de la dissolution de la société, *tous les associés*, actionnaires, commanditaires ou associés en nom, peuvent opposer la prescription aux poursuites des créanciers. Mais qu'est-ce à dire en ce qui concerne les associés liquidateurs? Cela implique-t-il l'idée que toutes les actions auxquelles ils sont soumis en leur double qualité de liquidateurs et d'associés subsistent encore après l'expiration du délai de cinq ans à partir de la dissolution de la société? En aucune façon : cela signifie qu'en ce qui les concerne, *toutes* les actions ne sont pas prescrites à leur profit par cinq ans, et que s'ils sont libérés comme associés, ils restent encore tenus comme liquidateurs. En s'attachant aux travaux préparatoires dans lesquels il n'a jamais été supposé que le liquidateur fût tenu envers les tiers autrement qu'en cette qualité et comme détenteur de l'actif social (3), on reste convaincu qu'interpréter ainsi l'art. 64, c'est en dégager la pensée vraie.

Et puis, en équité et en droit, est-ce qu'il est possible qu'il en soit autrement? Le liquidateur associé, nous l'avons indiqué déjà, réunit en lui deux qualités parfaitement distinctes. En qualité de liquidateur, il est tenu d'obligations spéciales envers la société qu'il représente et dont l'action se prolonge tant que n'est pas accomplie la prescription du droit commun. Comme associé, il est tenu des obligations qui pèsent sur les autres associés, mais de celles-là seulement. Or, s'il en est ainsi, si, en règle générale, sa situation est identique à celle de ses coassociés, pourquoi l'aggraver au point de vue de la prescription? Pourquoi le retenir encore dans les liens de l'obligation quand les autres associés sont déjà libérés? Ce ne serait pas seulement laisser peser sur lui le fardeau de sa responsabilité passée; ce serait l'aggraver encore de la façon la plus injuste. Avant la dissolution, les associés en nom collectif étaient tous tenus solidairement; mais chacun d'eux avait la chance de voir les créanciers sociaux s'adresser à un autre que lui, et, par conséquent, de

---

(*Rép.*, v° Société, n° 1066), Bédarride (n°° 676 et suiv.), Lombard (p. 159), Boistel (*Précis*, p. 267 et 268).

(1) Rej., 28 mai 1872 (Dall., 72, 1, 247; S.-V., 73, 1, 149; *J. Pal.*, 1873, p. 359).

(2) Voy. MM. Malepeyre et Jourdain (p. 343 et suiv.), Bravard et Demangeat (*Soc.*, p. 305 et suiv.), Alauzet (n°° 433 et suiv.), Dolez (p. 268 et suiv.), Lyon-Caen et Renault (n° 583).

(3) Voy. notamment les observations de MM. Bégouen, Jaubert et Cretet (Locré, t. XVII, p. 271, 274 et 275).

n'avoir pas à faire l'avance de l'entière somme à payer. Or, admettez que, seul, quand plus de cinq ans se sont écoulés depuis la dissolution, le liquidateur associé reste tenu *in infinitum* vis-à-vis des créanciers, et non-seulement vous l'obligez à faire cette avance dans tous les cas, mais encore vous mettez entre sa situation présente et sa situation passée toute la différence qu'il y a entre la situation d'un débiteur unique et celle d'un codébiteur solidaire : poursuivi par le créancier, il devra supporter en totalité la dette dont primitivement il n'aurait eu à supporter qu'une quote-part.

Dans l'opinion contraire, on n'admet pas, nous le savons, cette conséquence inique; on suppose que le liquidateur associé, ainsi obligé, aurait contre ses anciens coassociés un recours à la faveur duquel il les contraindrait à contribuer au payement de la dette. Mais en ceci apparaît, avec plus d'évidence encore s'il est possible, l'inadmissibilité du système.

D'abord, rien n'est plus contestable, en droit, que la réalité de ce recours. Est-ce en sa qualité de liquidateur que l'obligé prétendu l'exercerait contre ses coassociés? On lui répondrait que ce n'est pas en cette qualité qu'il a été obligé d'acquitter les sommes par lui déboursées, puisque les créanciers l'ont poursuivi comme associé. Est-ce en cette qualité d'associé qu'il agirait? On lui répondrait alors que, s'il a payé, c'est dans son propre intérêt seulement, et nullement dans l'intérêt des coassociés, le payement par lui effectué n'ayant pu avoir pour effet, à l'égard de ces derniers, d'éteindre une dette dont, par suite de la prescription, ils étaient déjà libérés. Et si cette action récursoire n'est pas admissible, en droit, le système tout entier est condamné par son iniquité, de l'aveu de ses défenseurs eux-mêmes, qui, en effet, ne conçoivent pas l'obligation de l'associé liquidateur, recherché après cinq ans, sans la faculté pour lui de recourir contre ses coassociés, nonobstant la prescription qui les a libérés : « L'opinion qui la lui refuserait, dit Troplong, serait inique et absurde : jamais les principes d'égalité en fait de sociétés, jamais les principes d'équité en fait de mandat, ne permettront d'opposer entre associés la prescription quinquennale à cette action récursoire. »

Mais ensuite, veut-on que l'action récursoire soit possible, c'est alors à la volonté du législateur, au texte formel de la loi, que le système va se heurter. L'art. 64 déclare expressément que *toutes actions* contre les associés non liquidateurs sont éteintes par la prescription cinq ans après la fin ou la dissolution de la société; il entend donc qu'à l'expiration du délai fixé, ces associés soient *complétement libérés*. Or, le seul avantage que, dans la thèse en question, ils retireraient de cet article, c'est qu'au lieu d'être poursuivis directement et solidairement par les créanciers sociaux, ils ne pourraient plus être poursuivis que par l'associé liquidateur, et seulement jusqu'à concurrence de leur part contributive. Mais il est évident, par le texte même et par la discussion de la loi, que le législateur a voulu autre chose et plus que cela; qu'il a

attaché, comme effet à la prescription édictée, une *libération complète et définitive* des associés non liquidateurs, et n'a pas entendu leur retirer d'une main ce qu'il leur donnait de l'autre.

Et puis, remarquez les conséquences inhérentes à l'idée de l'action récursoire. Le liquidateur peut être insolvable; auquel cas, n'ayant pu rien payer aux créanciers sociaux, il est de toute évidence qu'il n'aurait pas d'action récursoire à exercer contre les autres associés, en sorte que la situation de ceux-ci serait plus ou moins favorisée, et que la prescription produirait à leur égard des effets plus ou moins étendus, suivant que le liquidateur se trouverait être ou n'être pas solvable. — D'un autre côté, le liquidateur peut avoir été pris parmi les étrangers, et comme en cette hypothèse il ne pourrait pas, en général, être poursuivi sur ses biens personnels à raison des dettes sociales, il en résulte qu'il n'aurait pas de recours à exercer, de ce chef du moins, contre les anciens associés, en sorte que la libération de ces derniers par la prescription serait ou ne serait pas complète et définitive, suivant que le liquidateur aurait été choisi parmi eux ou parmi les étrangers. — Un système qui aboutit à de tels résultats n'est évidemment pas dans la pensée de la loi; et, sans hésiter, nous maintenons que l'associé liquidateur jouit, aussi bien que l'associé non liquidateur, du bénéfice de la prescription abrégée.

2011. Du reste, si la jurisprudence ne lui permet pas d'invoquer l'art. 64 pendant qu'il est investi de ses fonctions, elle admet au moins qu'il peut s'en prévaloir lorsqu'il a été régulièrement remplacé et a rendu ses comptes. La Cour de Paris et, sur le pourvoi, la chambre civile de la Cour de cassation, ont jugé, en effet, que la prescription de cinq ans établie par l'art. 64 au profit des associés non liquidateurs peut être invoquée par l'associé qui, après avoir accepté temporairement le mandat de liquidateur, a été remplacé par un liquidateur nouveau auquel il a rendu ses comptes et remis toutes les valeurs sociales, et que, dans ce cas, la prescription court à partir du jour où la retraite et le remplacement du liquidateur ont été rendus publics, selon les formes prescrites par la loi (1). C'est, comme le dit M. Demangeat, un tempérament à la fausse doctrine que nous combattons au numéro précédent, et, avec l'auteur, nous pensons que ce tempérament, qui, au fond, condamne cette doctrine, semblerait devoir en amener un autre, à savoir l'admissibilité de la prescription abrégée lorsque le liquidateur cesse ses fonctions parce que la liquidation est terminée (2).

2012. En terminant sur les actions en prévision desquelles l'art. 64 a disposé, rappelons que le législateur a eu uniquement en vue les actions des tiers contre les anciens associés. Ainsi, la prescription abrégée n'a pas lieu dans les relations des associés avec le liquidateur; elle ne peut pas non plus être opposée par la société en liquidation aux pour-

---

(1) Paris, 20 avr. 1847; Rej., 8 août 1849 (S.-V., 47, 2, 299; 49, 1, 673; Dall., 47, 2, 118; 49, 1, 309).

(2) Voy. M. Demangeat, sur Bravard (*Soc.*, p. 312 et suiv.). — Voy. cependant M. Lombard (p. 162).

suites dont elle serait l'objet de la part des créanciers sociaux. — La disposition est également étrangère aux actions que les associés peuvent avoir à exercer les uns contre les autres (1) : « Il importe beaucoup aux associés, disait-on au conseil d'État, que leurs actions se prolongent, parce que les recouvrements et les comptes peuvent entraîner un laps de temps considérable. Il faut quelquefois trente ans pour opérer les recouvrements; dès lors, la prescription entre associés ne peut être d'une moindre durée. » (2) La prescription abrégée est de même inapplicable aux actions de la société en liquidation contre les associés, et réciproquement, comme aussi à celles de la société contre les tiers (3). Ces solutions, admises sans difficulté, sont toutes conformes à la pensée du législateur, qui a entendu ne protéger les associés que contre les actions des tiers.

VIII. — 2013. La loi place à la fin de la société ou à la dissolution le point de départ de la prescription qu'elle édicte. Et, à cet égard, il n'y aura aucune difficulté si la cause de dissolution est de celles qui n'ont pas besoin d'être rendues publiques (*suprà*, nos 1192 et suiv.). Ainsi, il s'agit d'une société qui a pris fin par l'expiration du terme convenu entre les associés dans l'acte social qui a été régulièrement publié : la prescription courra, sans équivoque possible, à dater de la dissolution; c'est l'indication même de la loi.

2014. Mais que décidera-t-on dans le cas où la dissolution a dû être rendue publique, par exemple dans le cas où la société a été dissoute par une cause accidentelle avant le terme convenu? L'art. 64 ne précise pas si, en ce cas, la prescription commencerait à partir du jour de la dissolution ou de celui de la publication. On peut dire même qu'à première lecture, la disposition de la loi implique l'idée que c'est encore à la dissolution, pourvu qu'elle ait été légalement publiée, que reste fixé le point de départ de la prescription; et c'est l'opinion émise par M. l'avocat général Delangle, deavnt la Cour de cassation, dans une affaire où ce point était en question. La Cour, toutefois, s'est justement prononcée en sens contraire : « Attendu, en droit, que la dissolution d'une société avant le terme fixé par l'acte qui la constitue ne peut faire courir, contre les tiers, la prescription quinquennale établie par l'article 64 du Code de commerce, que si les tiers ont été avertis de cette dissolution par l'affiche et la publication de l'acte qui contient la convention; qu'en effet, une prescription ne peut courir contre qui ne peut agir, et que les tiers ne sont pas mis légalement en demeure d'agir en vertu d'un acte de dissolution qui n'a point été porté à leur connaissance par les moyens et dans les formes établis par la loi... » (4)

2015. D'après cela, il faut dire, dans l'hypothèse prévue plus haut d'une dissolution partielle résultant du décès ou de la retraite de l'un

(1) Voy. Rouen, 8 mars 1871 (S.-V., 72, 2, 269; *J. Pal.*, 1871, p. 852).
(2) Observations de Regnault de Saint-Jean d'Angély (Locré, t. XVII, p. 273).
(3) Voy. Req., 7 janv. 1873 (Dall., 74, 1, 470).
(4) Voy. Cass., 24 nov. 1845 (Dall., 46, 1, 23; *J. Pal.*, 1845, t. II, p. 673; S.-V., 46, 1, 133).

des associés, que la prescription quinquennale, dont peuvent se prévaloir l'associé retraité ou les ayants cause de celui qui est décédé, courrait seulement du jour où le fait qui a donné lieu à cette dissolution partielle aurait été légalement publié.

2016. En tous cas, notons, d'une manière générale, que le délai de la prescription ne pourra prendre cours que si la société a été réellement dissoute. Que si elle avait continué de fait, les créanciers sociaux seraient en droit d'exciper de la continuation, non-seulement pour écarter, dans le présent, la disposition de l'art. 64, mais encore pour en faire subordonner l'application, dans l'avenir, à la dissolution légalement publiée. La société, dans cette hypothèse, n'a plus de terme, dès qu'elle a continué après celui qu'elle avait elle-même fixé pour sa durée; sa dissolution, dès lors, ne peut plus être qu'accidentelle, et, par suite, la prescription ne courra que du jour où la dissolution aura été régulièrement publiée.

2017. En ce qui concerne les actions que les tiers ont pu acquérir pendant la liquidation (*suprà,* n° 2008), la prescription ne saurait évidemment courir à partir de la dissolution de la société, puisque, à ce moment, elles n'étaient pas encore nées. Nous fixerons donc le point de départ de la prescription à la fin de la liquidation. Ce terme équivaut, pour les créances donnant naissance à ces actions, à la dissolution de la société pour celle des tiers qui avaient contracté avec la société. Aucune condition de publicité, du reste, ne sera requise dans cette hypothèse; les tiers, en contractant avec la liquidation, sont, par là même, prévenus de la nécessité d'agir promptement s'ils veulent conserver un recours efficace.

IX. — 2018. La durée de la prescription établie par l'art. 64 est de cinq ans : c'est la durée même assignée, par l'art. 189 du Code de commerce, aux actions en matière de lettres de change. Mais la prescription peut être interrompue; cela résulte nettement des termes mêmes de l'art. 64.

2019. Seulement, en exprimant que la prescription peut être interrompue par *des poursuites judiciaires,* le législateur a employé une formule purement énonciative et n'a nullement entendu exclure les autres causes d'interruption reconnues par les art. 2244, 2245 et 2248 du Code civil. On mettra donc au même rang que la poursuite judiciaire le commandement et la saisie dûment signifiés, ainsi que la reconnaissance émanée de l'un des associés (1).

2020. Mais les causes de suspension sont-elles applicables? Dans la discussion de la loi au conseil d'État, l'archichancelier Cambacérès, répondant à une interpellation de Réal, fit remarquer « que, de droit commun, la prescription est suspendue pendant la minorité : *Contra non valentem agere non currit proscriptio;* mais qu'il faudrait que la rédaction fît apercevoir ce principe. » (2) Mais il n'a pas été fait état

(1) Cass., 19 janv. 1859 (S.-V., 60, 1, 565; Dall., 59, 1, 72; *J. Pal.*, 1859, p. 351).
(2) Locré (t. XVII, p. 272).

de l'observation dans la rédaction définitive; et, dès lors, la question doit être résolue par les règles générales d'après lesquelles les causes de suspension provenant de l'incapacité des créanciers ne s'appliquent pas aux prescriptions de courte durée (C. civ., art. 2278). Ce n'est pas à dire que toute cause de suspension doive être écartée. Et nous admettons que, s'il s'agissait d'une créance conditionnelle ou à terme dont la condition ou le terme ne dût arriver qu'après la dissolution de la société, la prescription ne courrait pas avant l'arrivée du terme ou l'événement de la condition (C. civ., art. 2257) (1).

(1) Voy. MM. Lyon-Caen et Renault (nº 590).

FIN

ERRATA ET ADDITIONS

Page 39, note 3, *au lieu de* S.-V., 72, 2, 175, *lisez* S.-V., 73, 2, 65.
P. 51, note 1, *ajoutez* Req., 9 janv. 1878 (Dall., 79, 1, 10; *J. Pal.,* 1878, p. 1167; S.-V., 78, 1, 409).
P. 63, ligne 32, *au lieu de* commission de 1805, *lisez* commission de 1856.
P. 64, ligne 42, *au lieu de* abroguée, *lisez* abrogée.
P. 68, à la note, *au lieu de* 4 mai, *lisez* 4 mars.
P. 97, à la note 2, *ajoutez :* C'est la solution qu'avait consacrée le Tribunal de commerce de la Seine par divers jugements du 11 avril 1878. Mais la décision a été cassée par arrêts des 21 juillet et 26 août 1879 (Dall., 79, 1, 321). Dans les observations développées qu'il présente à la suite de ces arrêts (loc. cit.), M. Beudant s'attache à établir qu'il y a dans l'interprétation de la Cour une méconnaissance absolue de la pensée vraie de l'art. 3 de la loi de 1867. Qu'il nous soit permis de le dire : la démonstration, à notre avis, est complète. Il est admis, même par les défenseurs les plus résolus de la doctrine que nous combattons (voy. les observations de M. Labbé dans le Recueil de Sirey, 79, 2, 33 et suiv.), que le principe de la liberté des conventions va jusqu'à permettre de stipuler, par une clause formelle, explicite, que les souscripteurs ou actionnaires auraient la faculté de se dégager de l'obligation de compléter leur mise en abandonnant à la société leurs actions et les versements effectués. Or, c'est précisément cette faculté que l'art. 3 a entendu consacrer, et c'est en cela spécialement que consiste l'exception qu'il permet, sous les conditions déterminées, de faire aux règles du droit commun. La preuve résulte de ces conditions mêmes. L'article a trait à la conversion en titres au porteur des actions qui, dans la période de formation de la société, sont nécessairement nominatives, et aux effets de cette conversion. Or, sans parler de la condition de fond (le versement de moitié), qu'exige-t-il en outre? D'abord que la conversion ait été prévue et stipulée par les statuts de la société, et ensuite qu'elle soit votée après délibération de l'assemblée générale. Est-ce que cette règlementation n'indique pas par elle-même qu'il s'agit ici d'autre chose que de donner aux actions dans leur forme nouvellé une plus grande facilité de circulation? Comment, une délibération spéciale de l'assemblée des actionnaires est nécessaire, et il ne suffirait pas de dire par les statuts que les actions seront ou pourront être converties après libération de moitié! Comment, il faut, d'une autre part, que la faculté de conversion soit réservée au moment même où la société se constitue, qu'elle soit soit réservée même par les statuts, tellement que, si elle n'y était pas écrite, la faculté de conversion ne pourrait plus être ressaisie au cours des opérations sociales! Oui, l'effet de la conversion étant, suivant la juste interprétation du Tribunal de commerce de la Seine, de libérer à un moment donné les souscripteurs et leurs cessionnaires de l'obligation personnelle de verser le complément des actions non entièrement payées, tout cela s'explique de soi-même. D'une part, la société a intérêt à veiller à ce qu'une mesure qui doit avoir un tel effet ne soit pas prise à contre-temps; il fallait donc, tout en laissant aux rédacteurs des statuts le soin de dire que les actions pourraient être converties après libération de moitié, réserver à la société elle-même le droit de dire s'il convient de donner suite à la stipulation. D'une autre part, le premier intérêt des tiers qui traiteront avec la société est de pouvoir reconnaître la mesure dans laquelle ils auront à lui faire confiance; il fallait donc que l'éventualité de la conversion fût annoncée par les statuts constitutifs dont la publication est nécessaire à l'existence de la société.

Au contraire, étant donnée l'interprétation des arrêts des 21 juillet et 26 août 1879, cette réglementation reste absolument inexpliquée. Et l'on comprend qu'à la suite de ses observations critiques et si concluantes, l'éminent doyen de la Faculté de Paris ait exprimé l'espoir que ces arrêts « ne fixeront pas la jurisprudence, et que l'interprétation du Tribunal de commerce de la Seine finira par prévaloir. »

P. 98, ligne 24, *au lieu de* argument du texte, *lisez* argument de texte.
P. 139, ligne 11, *au lieu de* ne consiste pas, *lisez* ne consistant pas.
ligne 12, *au lieu de* est conférée, *lisez* est conféré.
P. 161, ligne 33, *au lieu de* qu'en avait, *lisez* qu'en avaient.
P. 209, ligne 44, *au lieu de* la prorogation n'est, *lisez* la prorogation est.
P. 253, ligne 20, *au lieu de* l'acte est soumis, *lisez* l'acte est remis.
P. 263, ligne 24, *au lieu de* but unique, *lisez* but principal.
P. 295, ligne 41, *après* solidaire que, *ajoutez* le cas échéant.
P. 346, sommaire des nos 1283 et 1284, *au lieu de* société anonyme, *lisez* société en commandite.
P. 400, ligne 35, *au lieu de* pourvoi du gérant, *lisez* pouvoir du gérant.
P. 437, ligne 22, *au lieu de* art. 2121 et suiv., *lisez* 2021 et suiv.
P. 464, ligne 20, *au lieu de* art. 506 du Code civil, *lisez* art. 1856 du Code civil.
P. 471, au sommaire nos 1464 et 1469, *au lieu de* loi du 16 mai, *lisez* loi du 6 mai.
P. 471, au sommaire no 1469, *au lieu de* l'art. 282 du Code de commerce, *lisez* art. 28 du Code de commerce.
P. 528, ligne 8, *au lieu de* que leur volonté, *lisez* que sa volonté.
P. 540, ligne 24, *au lieu de* il a décidé, *lisez* il a été décidé.
P. 571, ligne 14, *au lieu de* pourront être cédées du consentement, *lisez* ne ne pourront être cédées que du consentement.
P. 645, no 1726, ligne 1, *au lieu de* la loi du 24 juillet an 7, *lisez* la loi du 24 juillet 1867.
P. 691, ligne 14, *au lieu de* comme elles, *lisez* comme elle.
P. 729, ligne 8, *au lieu de* en 1859, *lisez* en 1849.
P. 784, ligne 28, *au lieu de* par son mandat, *lisez* à son mandat.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME SECOND.

FIN DE LA TABLE



PARIS. — TYPOGRAPHIE DE J. BEST,
rue des Missions, 15.



